



**T.C.
KARAMANOĞLU MEHMETBEY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YAPTIRIM OLARAK DEVLETİN MÜLKİYET HAKKINA
MÜDAHALESİ (MÜSADERE-MÜLKİYETİN KAMUYA
GEÇİRİLMESİ)**

**Hazırlayan
Erdal YERDELEN
074202012004**

**Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi**

**Danışman
Yrd. Doç. Dr. Mehmet İNCE**

KARAMAN – 2010



T.C.
KARAMANOĞLU MEHMETBEY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**YAPTIRIM OLARAK DEVLETİN MÜLKİYET HAKKINA
MÜDAHALESİ (MÜSADERE-MÜLKİYETİN KAMUYA
GEÇİRİLMESİ)**

Hazırlayan
Erdal YERDELEN
074202012004

Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Mehmet İNCE

KARAMAN – 2010

**YATIRIM OLARAK DEVLETİN MÜLKİYET HAKKINA
MÜDAHALESİ (MÜSADERE- MÜLKİYETİN KAMUYA
GEÇİRİLMESİ)**

Tezin Kabul Edilis Tarihi: 24/02/ 2010

Jüri Üyeleri (Unvanı, Adi Soyadı)

Başkan : Yrd. Doç. Dr. Mehmet İNCE

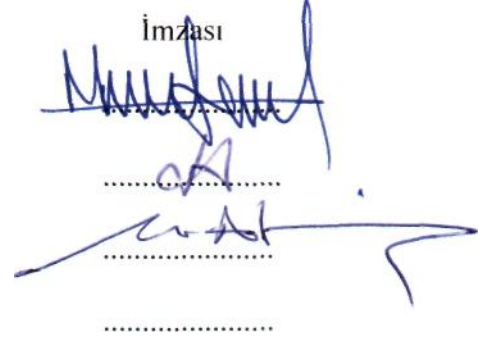
Üye : Yrd. Doç. Dr. Ercan OKTAY

Üye : Yrd. Doc. Dr. Mehmet ALAGÖZ

Üye:.....

Üye:.....

İmzası



Bu tez, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulunun 02.../03.../2010 tarih ve 5/72 sayılı oturumunda belirlenen jüri tarafından kabul edilmiştir.

Enstitü Müdürü: Prof. Dr. H. Bahadır AKIN

Mühür
İmza



TEŞEKKÜR

Çalışmalarımı yönlendiren, araştırmalarımın her aşamasında bilgi, öneri ve yardımlarını esirgemeyerek akademik ortamda olduğu kadar beşeri ilişkilerde de engin fikirleriyle yetişme ve gelişmeme katkıda bulunan Danışman Hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Mehmet İNCE'ye, Sayın Yrd. Doç. Dr. Ercan OKTAY'a, ve Sayın Yrd. Doç. Dr. Hasan GÜL'e, her türlü mesleki ve bilimsel çalışmalarıma destek veren ve imkan sağlayan Sayın Cumhuriyet Başsavcım Necmettin SAYGIN'a, tüm çalışma arkadaşlarıma ve çalışmalarım süresince fedakârlık göstererek beni destekleyen eşim ve çocuklarıma en derin duygularıyla teşekkür ederim.

Erdal YERDELEN
Karaman, Şubat 2010

İÇİNDEKİLER

Sayfa

TEZ ONAYI.....	iv
TEŞEKKÜR	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM KAVRAMSAL ÇERÇEVE

I.1.Suç.....	5
I.2.Yaptırımlar	9
I.2.1.Cezalar.....	10
I.2.1.1.Hapis Cezası	10
I.2.1.2.Adli Para Cezası	10
I.2.1.3.Seçenek Yaptırımlar	11
I.2.2.Güvenlik Tedbirleri	11
I.2.2.1.Müsadere	13
I.2.2.2.Diğer Güvenlik Tedbirleri	16
I.3.Muhafaza Altına Alma	17
I.4.El Koyma	17
I.5.Kabahat	19
I.6.İdari Yaptırımlar	20
I.6.1.İdari Mali Yaptırımlar	25
I.6.1.1.İdari Para Cezası	25
I.6.1.2.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi	26
I.6.2.Bireysel İdari Yaptırımlar	27

İKİNCİ BÖLÜM
MÜSADERE VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

II.1.Müsadere Kavramı	29
II.1.2.Müsadere Çeşitleri	30
II.1.2.1.Genel Müsadere.....	30
II.1.2.2.Özel Müsadere	31
II.1.3.Müsaderenin Hukuki Niteliği.....	31
II.1.4.Karşılaştırmalı Hukukta Müsadere	33
II.1.4.1.Almanya	33
II.1.4.2.İsviçre	34
II.1.4.3.İtalya	34
II.1.5.Müsaderenin Tarihsel Gelişimi	35
II.2.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kavramı.....	36
II.2.2.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Tarihsel Gelişimi	37
II.2.3.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Hukuki Niteliği	37
II.2.4.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Müsadereden Farkı	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA MÜSADERE VE
MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

III.1.Türk Ceza Kanunu'nda Müsadere	40
III.1.1.Eşya Müsaderesi	43
III.1.1.1.Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesi	43
III.1.1.1.1.Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesinin Şartları	44
III.1.1.2.Suç Teşkil Eden Eşyanın Müsaderesi	53
III.1.1.3.Ortak Mülkiyete Konu Eşyanın Müsaderesi	55
III.1.1.4.Kısmi Müsadere	56
III.1.2.Kazanç Müsaderesi	56
III.1.3.1.Kazanç Müsaderesi Şartları	57

III.1.4.Kaim Değer Müsaderesi	58
III.2.Kabahatler Kanunu'nda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi	59
III.2.1.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Şartları	62
III.2.2.Kaim Değerin Mülkiyetinin Kamuya Geçirilmesi	63
III.2.3.Eşyaya Elkoyma ve Muhafazası	64
III.2.4.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Geciktirilmesi	65
III.2.5.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kararının Kesinleşmesi ve İnfazı	67
III.2.6.Kararın Yargısal Denetimi	70

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜSADERE VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİNİN ANAYASA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

IV.1.Anayasa Uygunluk Açısından Değerlendirilmesi	72
IV.1.1.Mülkiyet Hakkının Tarihsel Gelişimi	72
IV.1.2. 1982 Anayasasında Mülkiyet Hakkı	74
IV.1.3.Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Anayasaya Uygunluğu....	77
IV.2.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi	78
IV.2.1.AİHS'nin Türk Hukuku'na Etkisi	78
IV.2.2.AİHS ve AİHM Kararlarına Göre Mülkiyet Hakkı ve Sınırlanması	80
IV.2.3. Müsadere Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi AİHS'ne Uygunluğu	83
SONUÇ	86
KAYNAKÇA	89

KISALTMALAR

a.g.e	:	Adı geçen eser
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKGS	:	Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği
AÜHF	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
AYMKD	:	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
APC	:	Adli Para Cezası
B	:	Baskı
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CD	:	Ceza Dairesi
CH	:	Ceza Hukuku
CMH	:	Ceza Muhakemesi Hukuku
CMK	:	Ceza Muhakemesi Kanunu
Çev.	:	Çeviren
E.	:	Esas

f.	:	fıkra
İPC	:	İdari Para Cezası
İsv.CK	:	İsviçre Ceza Kanunu
İt.CK	:	İtalya Ceza Kanunu
İÜ	:	İstanbul Üniversitesi
m.	:	madde
K.	:	Karar
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
KK	:	Kabahatler Kanunu
KT	:	Karar Tarihi
MİD	:	Mahalli İdareler Dergisi
Ör.	:	Örneğin
RTÜK	:	Radyo ve Televizyon Üst Kurulu
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayılı
SBFD	:	Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
s.K.	:	Sayılı Kanun
StGB	:	Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)

TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TDK	:	Türk Dil Kurumu
TMK	:	Türk Medeni Kanunu
Vd.	:	ve devamı
Vb	:	ve benzeri
Y	:	Yargıtay
Yay.	:	Yayınları
YCGK	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu

GİRİŞ

Çağdaş hukuk sistemlerine sahip ülkelerde suç teşkil eden kanun ihlallerini aydınlatmak, suçların faillerini saptamak, delil, eser, iz ve emareleri toplayarak takip makamlarına sunmak, kendilerine sunulan bilgilere ve kendisinin toplayacağı delillere göre yargı otoritesine failleri sevk etmek, gönderilen işleri hukuk kurallarına göre çözüme ulaştırmak, böylece verilen hükümleri hukuka uygunlukları yönünde inceleyerek nihai çözümü belirlemek, hükmü kesinleştirmek, kesinleşen hükümlerin içerdiği yaptırımları yerine getirmekle görevli otoritelerden oluşmuş ve her aşamasında savunmaya yer veren resmi örgütlenmelerin meydana getirdiği sisteme ceza adalet sistemi denilmektedir (Dönmezer ve Erman, 2001)

Ceza adaleti, suç adı verilen ve toplumdaki düzeni bozduğu varsayılan bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırıldığı, suç varsa bunun en kısa sürede tespiti ve suçlunun cezalandırılması, toplum düzeninin sağlanması için gerekli olan faaliyettir (Bıçak, 1999: 209).

Ceza hukuku sistemlerinin hemen hemen tamamında, suçların ve toplum tarafından yaptırıma bağlanmış diğer anti sosyal davranışların karşılığı olarak hürriyeti bağlayıcı ceza ve para cezalarının yanı sıra, suçu işleyen veya suça katılan kişi tarafından suçta kullanılan veya suç neticesinde meydana gelen malvarlığına, belli şartlar altında devlet tarafından el konulması müessesesi öngörülmüştür. Bu müessesenin öngörülmesinin temelinde, suç işleyen kişiyi cezalandırmak amacından öte, suçlunun ve suçla doğrudan alakalı malvarlıklarının tehlikeliliği yatmaktadır. Bu sebeple müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi müesseseleri, klasik anlamda ceza değil, tehlikeliliği ortadan kaldırmaya yönelik tedbir niteliğindedirler (Dönmezer ve Erman, 1994: 709).

Müsadere, mülkiyetin bir çeşit kaybı sonucunu doğurmakta ve mülkiyet sahibinden alınarak devlete geçirilmektedir. Suçta kullanılan bir eşya örneğinde mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanımı söz konusudur. Bu nedenle mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanmaktadır. Ancak bunun için müsadere kanununda öngörülen usule uyularak yapılması gerekir (Şen, 1998: 205).

Tarihi çok eskilere dayanan müsadere müessesesi, hukukun ve temel hak ve özgürlüklerin gelişimine paralel olarak evrim geçirmiş, suç ve suçlu ile mücadelede yeni ceza hukuku sistemlerinin en etkili yaptırımlarından biri haline gelmiştir (Yaşar,1975: 267).

Eski hukuk sistemlerinde, çok kapsamlı, mülkiyet hakkına açık müdahale oluşturan, işlenen suçla orantılı olmayan ve hatta suçla ilintili olma şartını dahi içermeyen, genel müsadere yaptırımı öngörülmüştür. Ancak temel hak ve özgürlüklerden mülkiyet hakkının açık ihlali niteliğinde olan genel müsadere yaptırımına çağdaş ceza hukuku sistemlerinde yer verilmemiştir. Bu doğrultuda evrensel insan hakları belgeleri ile temel hak ve özgürlüklerin ülke bazında güvencesini oluşturan anayasalarda, genel müsadere yaptırımına başvurulamayacağı net bir şekilde açıklanmıştır (Örücü, 1976: 73).

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi müessesesi ise, çağdaş ceza hukuku yaklaşımının bir sonucudur. Bu müessese para cezasını gerektiren hafif anti sosyal eylemlerin karşılığı olarak, idari para cezası verilmesi ve bu eylemlerde kullanılan veya eylem sonucunda oluşan malvarlıklarının, ilgili kamu kurumlarına geçirilmesi şeklinde uygulanan tedbir niteliğinde bir yaptırım türüdür. Bu müessesenin öngörülmesinde mahkemelerin iş yükünü azaltmak gayesi de etkili olmuştur. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi müessesesi Türk Ceza Hukuku sistemine, 1 Haziran 2005 yürürlük tarihli,

5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile girmiştir. Genellikle idari yaptırım olarak uygulanması nedeniyle, bu müessesesi hakkında içtihat geliştirilmesi, adli bir yaptırım olarak öngörülen müsadere müessesesine nazaran daha zor ve daha fazla zamana ihtiyaç gösterecek bir süreçtir¹.

Türk Ceza Hukuku Sistemi'nde müsadere müessesesi, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile, uluslararası hukuk belgeleri ve çağdaş ceza hukuku sistemlerindeki düzenlemelere paralel olarak yeniden yapılandırılmış ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54 ve 55 maddelerinde yerini bulmuştur. Yeni düzenlemenin 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye nazaran daha özgürlükçü olduğu söylenebilir.

Bu çalışmanın temel amacı; kişinin temel hak ve özgürlüklerinden mülkiyet hakkının sınırlandırılması sonucunu doğuran müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi müesseselerinin, Türk Hukuk Sistemi'ndeki ve uluslararası hukuktaki yerini açıklamak ve hukuk sistemlerindeki uygulamaları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde değerlendirmektir.

Çalışma dört ana kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısımda konu ile ilgili kavramlar açıklanmış, ikinci kısımda müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi genel olarak izah edilmiş, üçüncü kısımda ise Türk Hukukunda müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi müesseseleri incelenmiş, son bölümde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi açısından müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi irdelenmiştir.

Devletin yaptırım olarak mülkiyete müdahalesinin sadece müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususlarından ibaret olmadığı gerçektir. Bunların dışında bir çok haksız fiil nedeniyle, bu haksız fiili gerçekleştiren gerçek ve tüzel

¹1 Haziran 2005 yürürlük tarihli, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun Genel Gereğesi

kişilerin malvarlıklarına devlet tarafından müdahale edilmesi ve kamu kurum ve kuruluşları ya da kamu yararına çalışan tüzel kişilere devri hususları söz konusu olabilmektedir. Örneğin: Kapatılan siyasi partilerin malvarlıklarının hazineye devri. Feshine karar verilen dernek ve vakıfların malvarlıklarının kendilerine en yakın görevi ifa eden dernek veya vakfa ya da vakıflar genel müdürlüğüne devri vs.

Bu çalışmada amacım, 765 sayılı TCK yürürlükte iken bu kanun kapsamında kalan cürümler ve kabahatler için kanunda düzenlenmiş olan ve mülkiyetin sahibinden alınıp devlete veya kamu yararına kuruluşa geçmesini sağlayan iki hukuki müesseseyi (Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi) incelemektir. 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren cürüm ve kabahatler ayrı kanunlarla düzenlenmiş olup, bu iki yaptırım şekli ceza ve idari ceza hukukunun konusu kapsamında kalan yaptırımlardır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu kısımda müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi konuları ile ilgili olan ve müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususlarının anlaşılması açısından vazgeçilmez olarak gördüğümüz bazı kavramları tanımlayıp, bu kavramların esas konumuz açısından niçin gerekli oldukları ortaya koymaya çalışılacaktır.

I.1.Suç

Suç, hukuk düzeninin kendisine bir ceza müeyyidesi bağladığı hukuka aykırı beşeri fiildir. Başka bir deyişle suç, insanın ceza hukukunca yasaklanan fiilleridir. Suç, ceza kanununun ihlali olarak ta tanımlanmaktadır.

Suç, beşeri davranışlar üzerine hukuk kuralları oluşturmaya yetkili kimsenin değerlendirmelerine göre devletin amaçlarıyla çatışan, etkin bir biçimde yasaklanmaları ancak bir ceza müeyyidesiyle sağlanabilen fiillerdir. Suç, hukuka aykırı diğer fiillerden, özellikle haksız fiillerden özü itibariyle değil, sadece biçimi itibariyle ayrılır. Hukuka aykırı fiiller arasında kanun koyucunun sadece “ceza” ile müeyyideye bağladığı fiiller suçtur. Suçun bu tanımı yanında unsurları açısından suç hukukçular arasında değişik tanımlar bulunmaktadır.

Dönmezer ve Erman suçu, sorumlu kimse tarafından müspet veya menfi bir hareketle meydana getirilen, ceza tehdidini taşıyan bir kanunda yazılmış tarife uygun ve hukuka aykırı olan fiil olarak tanımlamaktadırlar (Dönmezer ve Erman, 1994: 122).

Toroslu’ya göre suç davranış, sonuç ve illiyet bağından (davranış ile sonuç arasındaki nedensellik bağı) oluşan maddi unsur ile kast veya taksir denilen manevi unsurların birleşmesinden oluşur. Ayrıca olayda hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını da unsurlar arasında saymıştır (Toroslu, 2005: 55).

Selçuk, suç hukuka aykırı, kusurlu ve yasal tipe uygun insan eylemi olarak tanımlamıştır (Savaş ve Mollamahmutoğlu, 1999: 1090).

Yargıtay'a göre suç isnat yeteneğine sahip bir kişinin kusurlu iradesinin yarattığı icrai ve ihmali hareketin meydana getirdiği, kanunda yazılı tipe uygun, hukuka aykırı, müeyyide olarak cezanın uygulanmasını gerektiren bir fiildir (Savaş ve Mollamahmutoğlu, 1999: 1087).

Suçun unsurlarını, cezalandırılabilme şartlarını da işin içine katarak genişleten yazarlar da vardır. Bu görüşte olan Öztürk'e göre suç, kusur yeteneği (isnat kabiliyeti) bulunan bir kimsenin tipe (kanuni unsur) uygun, hukuka aykırı, kusurlu hareketidir (Öztürk ve Erdem, 2005: 129).

Birtek'e göre, kanunda yazılı olan suç tanımına uyan (Kanunilik), suç işleme kabiliyeti bulunan bir kimse tarafından işlenen (Kusurluluk), hukuka aykırı nitelik taşıyan (Hukuka aykırılık) insan davranışına (Maddi unsur) suç adı verilir (Birtek, 2009).

Yeni TCK sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun unsurları:

1. Maddi Unsurlar (Bir haksızlık olarak fiil, netice, nedensellik bağlantısı)
2. Manevi Unsurlar (Kast, taksir)
3. Hukuka aykırılık

Bu sistemde kusurluluk suçun bir unsuru değildir. Kusurluluk işlediği suç dolayısıyla fail hakkında bulunulan değerlendirme yargısıdır (Özgenç, 2005: 194).

Fiil, yapma veya yapmama şeklindeki bir insan davranışdır. Yapma (İcra) nitelikteki davranışa hareket, yapmama şeklindeki davranışa ise ihmal denir. Örneğin: Bir kimsenin bıçakla kasten yaralanması durumunda failin davranışı yapma şeklinde bir harekettir. Bir annenin çocuğunu emzirmemek suretiyle ölümüne neden olması

durumunda ortada yapmama şeklinde ihmali bir davranış söz konusudur. İhmalin esası kişinin hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır (Kunter, 1955: 75).

Netice; insan davranışının dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir. Bir kişinin arabasına zarar verme olayında araçtaki değişiklik neticeyi oluşturur. Her suç için netice mutlak olması gereken bir unsur değildir. Tehlike suçları dediğimiz suçlarda sonucun gerçekleşmesine gerek yoktur. Örneğin: Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu için mutlaka bir sonucun gerçekleşmesi gerekmez. Netice suçu dediğimiz suçlarda da tek başına sonucun gerçekleşmemiş olması eylemin suç olmasını engellemez. Örneğin: Failin birden fazla bıçak darbesini kişinin vücudunun üst bölgelerine isabet ettirmesine rağmen, kişinin ölmemesi durumunda fail kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır (Erem, 1995: 165).

Nedensellik (İlliyet) bağı, failin davranışı ile meydana gelen netice arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bir davranışın ortaya çıkan neticenin nedeni sayılabilmesi için, bu davranışın, o sonucun zorunlu şartı olması, yani bu davranış olmadan o sonucun gerçekleşmemesi gerekir. Ayrıca sonucun istisnai etkenlerden ileri gelmemiş olması, bu davranışın gerçekleştirildiği anda dönemin en ileri bilim ve tecrübesine göre o sonucun davranışın olağan sonucu olarak öngörülebilir olması gerekir. Bu ilişki makul, orta zekalı bir insan öngörüsüne göre kabul edilebilir olmalıdır. Örneğin: Bir aracın bir yayaya çarpması şeklinde oluşan trafik kazasında yayanın yaralanması ile kazaya sebep olan araç sürücüsünün davranışı arasında doğrudan illiyet bağı vardır. Bu sonuçta yolun yapımını hatalı gerçekleştiren karayollarının davranışı ile de illiyet bağı kurulabilir. Ancak yayaya çarpan aracın icadı

ile yayanın yaralanması arasında makul bir nedensellik bağı yoktur (Kunter, 1955: 208).

Kast, failin gerçekleştirdiği davranışın neticesinin ne olduğunu bilmesi (öngörmesi) ve bu neticenin gerçekleşmesini istemesidir. Fail, tabanca ile bir şahsın vücudunun üst bölgesine ateş etmesi durumunda şahsın öleceğini bilmekte ve hedefi vücudun üst bölgesi olarak seçmekle ölüm neticesini istemektedir. İstemek, çoğu zaman doğrudan bir sonuca neden olma için hareket etmiş olmayı gerektirir. Ancak bazen kişi sonucu öngörmekle birlikte doğrudan doğruya istememiş olabilir. Örneğin bir kişinin korku yaratmak amacıyla bir meydana bomba bırakması olayında başka kişilerin öleceğini öngörmesi ancak bunu doğrudan doğruya istememesi gibi. Bu durumda failin gerçekleşme ihtimalini onayladığı (rıza gösterdiği) sonuçlar istenmiş sayılır. Örnekte olduğu gibi fail hangi sonuç meydana gelecek olursa olsun ben bu bombayı patlatacağım demişse artık bu sonucu istemiş demektir. Fail neticeyi doğrudan doğruya istememekle birlikte, neticenin gerçekleşme ihtimali faili bu davranıştan vazgeçirmiyorsa (sonucu onaylıyor, rıza gösteriyorsa) bu durumda dolaylı kasttan söz edilir (Toroslu, 2005: 102).

Taksir bir neticenin öngörülmesi gerektiği halde fail tarafından öngörülememesi durumudur. Ameliyat sırasında hastanın karnında makas unutulması tipik örnektir. Daha detaylı bir anlatımla taksir; failin uyulması zorunlu davranış kurallarına uymak suretiyle öngörebileceği ve önleyebileceği bir sonucu bu kuralları ihlal etmek suretiyle, istemeyerek gerçekleştirmiş olmasıdır. Bir neticenin öngörülmesine (sonucun bilinmesine) rağmen, o sonucun gerçekleşmesinin istenmemesi durumu bilinçli taksirdir. Örneğin; kırmızı ışıkta geçerek trafik kazası ve neticesi olarak ölüme neden olan sürücü sonucun gerçekleşme olasılığını öngörmekte

ancak bu sonucu istememektedir. Fakat burada sonucun gerçekleşmeyeceği inancı ile hareket etmektedir. Sonucun gerçekleşeceğini bilerek bunu kabul etmesi halinde dolaylı kast söz konusu olur

Hukuka aykırılık, hukukun meşru saydığı hususlardan en az birinin olayda bulunmamasıdır. Kanunun emrini yerine getirme (Ör: Celladın ölüm cezasını infazı), meşru müdafaa (Ör: Kendisine bıçakla saldıran birine sopa ile vurarak yaralama), zaruret hali (Ör: köpek saldırısına maruz kalan birinin kaçarken başkasının konutuna girmesi saklanması), gibi durumlar failin hareketini hukuka uygun hale getirir. Örneğin kendisine bıçakla saldırılması halinde aynı şekilde bıçakla veya tabanca ile savunma hakkını kullanan failin davranışı saldırı ile orantılı olmak şartıyla hukuka uygundur (Keyman, 1978: 16).

I.2.Yaptırımlar

Yaptırım, insanın yükümlülüklerine aykırı davranmasının gerekli kıldığı sonuçtur. Gerçekleşen haksızlık dolayısıyla hukuk düzeninin kişiler arasında oluşturduğu denge bozulmuştur. Yaptırım tatbikiyle güdülen amaç bu dengenin yeniden tesis edilmesidir (Özgenç, 2005: 578).

Suçun karşılığı olarak uygulanabilecek yaptırımlar ceza ve güvenlik tedbirleridir. Ceza ve güvenlik tedbirleri ancak kanun ile konulur. Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

I.2.1.Cezalar

Türk Ceza Kanunu 45 vd. maddelerinde öngörülen cezalar iki türdür:

1. Hapis Cezası.
2. Adli Para Cezası.
3. Seçenek Yaptırımlar.

Bir suçun karşılığı olarak sadece hapis cezası öngörülebilir, hapis cezası ile birlikte adli para cezası öngörülebileceği gibi sadece adli para cezası da öngörülebilir.

Bunlar dışında kamu hizmetinde çalıştırma, tazmin, eğitime devam etme, belli yerlere gitmekten yasaklama gibi seçenek yaptırımlar vardır.

I.2.1.1.Hapis Cezaları

Türk Ceza Kanununda hapis cezaları: ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak hükme bağlanmıştır.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis: Sıkı güvenlik tedbirleri ile ömür boyu çektirilen cezadır.

Müebbet hapis: Ömür boyu infaz edilen hapis cezasıdır.

Süreli hapis cezası: 1 Aydan 20 yıla kadar olan hapis cezasıdır.

Kısa süreli hapis cezası: 1 yıl veya daha az süreli hapis cezasına kısa süreli hapis cezası adı verilir.

I.2.1.2.Adli Para Cezası

Kanunda aksi belirtilmedikçe 5 günden az 730 günden fazla olmayan ve failin ekonomik durumuna göre bir gün için 20 ile 100 TL arasında değişen devlet hazinesine ödenmesidir.

I.2.1.3.Seçenek Yaptırımlar

Bu iki tür cezadan başka hâkimin bu cezaların yerine hükmedebileceği seçenek yaptırımlar da vardır. TCK 50. maddesinde sayılan bu yaptırımlar:

- Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi,

- En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etme,

- Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanma,

- Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanma,

- Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma olarak sayılabilir.

I.2.2.Güvenlik Tedbirleri

Suç siyaseti açısından yalnızca cezalarla toplumu korumak mümkün değildir, ilave araçlara ihtiyaç vardır, bunlar da güvenlik tedbirleridir (Yerdelen, 2005:3).

Çağdaş ceza kanunları kusuru esas alan ceza yanında, tehlikelilik esasına dayanan güvenlik tedbirlerine de yer vermektedirler ki öğretilerde bunlara iki şeritli yaptırım sistemi denilmektedir (Öztürk ve diğ. 2003: 45).

Kişi, işlediği hukuka aykırı fiil dolayısıyla kusurlu bulunmasa bile bu fiil haksızlık özelliğini korumaktadır. Bu nedenle kişi gerçekleştirdiği hukuka aykırılıktan

dolayı kusuru bulunmadığında cezalandırılmayacaktır. Çünkü “kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesi” ceza hukukunun temel prensiplerinden biridir. Ancak bu durumda kişinin işlediği fiil haksızlık ve suç olma özelliğini devam ettirmektedir. İşte bu halde her ne kadar kişiye ceza verilemez ise de, kişinin veya eşyanın tehlikeliliği söz konusu ise güvenlik tedbiri uygulanabilecektir. Örneğin: TCK 56 ve 57. maddelerine göre akıl hastası veya yaşı küçük suçlu hakkında ceza verilmez, ancak güvenlik tedbirine hükümlenabilir (Özgenç, 2005: 631).

Bazı durumlarda, hukuka aykırı davranışın gerçekleştirilmesi dolayısıyla yaptırım olarak güvenlik tedbiri uygulanmaktadır. Güvenlik tedbiri gerek haksızlığı gerçekleştiren kişiyi, gerek toplumu belli zarar tehlikelerinden korumak amacıyla yönelik bir yaptırımdır. Güvenlik tedbirine hükmedilmesi için gerçekleşen haksızlık dolayısıyla kişinin kusurlu telakki edilmesi gerekli değildir (Önder, 1994: 20).

Güvenlik tedbiri, işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacıyla yönelik ceza hukuku yaptırımdır (Artuk, 2003: 355).

Güvenlik tedbirleri özellikle tehlikeli bir takım suçlular veya isnat yeteneği veyahut ceza sorumluluğu bulunmayan failer için uygulanan ve özünde iyileştirme, ıslah ve sosyalleştirme amacı bulunan bazı tedbirlerdir. Bu tedbirler bütün suçlular için değil, belli tehlikelilik arz eden suçlular ve şahsi durumları gereği haklarında ceza verilemeyecek kişilere uygulanabilir. Tüzel kişilerin isnat yeteneği veya kusurundan bahsedemeyeceğimiz için bunlar hakkında ceza verilemez, bunun yerine güvenlik tedbiri uygulanabilir².

² 1 Haziran 2005 tarih ve 5237 sayılı TCK 60. madde gerekçesi

Ör: Belli haklardan mahrum kalma, müsadere, sınır dışı edilme, mükerrerlere özgü infaz rejimi, denetimli serbestlik tedbirleri suçlunun tehlikeliliğine bağlı tedbirlerdir.

Ör: Çocuklara, akıl hastalarına, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirleri ise suçluların isnat yeteneklerinin olmaması veya zayıf olmasına bağlı tedbirlerdir.

Müsadere, Türk Ceza Kanununa göre eşyanın tehlikeliliğine bağlı olarak düzenlenmiş bir güvenlik tedbiridir. Burada söz konusu olan eşyanın failin elinde olmasının failde yaratacağı subjektif tehlikeliliktir. Yani bu durumun failde ortaya çıkarabileceği suç işleme isteği göz önüne alınarak şeyin potansiyel tehlikeliliğinin faile yansması söz konusudur. Bu da yeni suçların önlenmesi amacına yöneliktir³.

Güvenlik tedbirlerinin uygulaması için her zaman failin kusurlu olması gerekmez. Cezalar süreli olduğu halde güvenlik tedbirleri bazen süresiz olabilir. Örneğin: Müsadere söz konusu eşyanın süresiz olarak kişiden alınmasıdır. Güvenlik tedbirlerinde amaç genellikle tekrar suç işlenmesinin önlenmesi ve tehlikeliliğin bertaraf edilmesidir. Cezanın belirlenmesi hakim için bir zorunluluk olduğu halde güvenlik tedbirleri için bu her zaman geçerli değildir.

I.2.2.1.Müsadere

Müsadere; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen, suçtan meydana gelen veya üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım satımı yasak olan eşya veya ekonomik değerlere el konulması ve mahkeme kararı ile mülkiyetin devlete geçmesidir (Yılmaz, 2003: 32; Bakıcı, 1996: 886; Demirbaş, 2006: 512; Hakeri, 2007: 426)).

³ 1 Haziran 2005 tarih ve 5237 sayılı TCK 54. madde gerekçesi

765 s. TCK m.36'daki müsadere hükmü yetersiz kaldığından özel ceza kanunlarında bazen müsaderenin genel prensipleri ile uyuşmayan hükümler koyma yoluna gidilmiştir. Ör: 4926 sayılı Kaçakçılık Kanunu m.20'deki "suçta kullanılan araçta zula yeri", 6831 sayılı Orman Kanunu m.108'deki "suçta kullanılan araç kime ait olursa olsun", 3628 sayılı Kanun m.14, 6136 m.12/son, 4422 sayılı Kanun m.6/son, 2521 s.K. m.13 örnekler çoğaltılabilir. Hatta Türk Ceza Kanunu'nun değişik maddelerinde değişik müsadere hükümleri ve şartları getirilmiştir. Ör: Göçmen Kaçakçılığı m.201a, Rüşvet m.217, Yalan tanıklık 291/1, Müstehcenlik m. 427, Kumar 567/2 vb.

Yeni düzenleme ile getirilen temel değişiklik, müsaderenin hukukî niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedendir ki, müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmesi gerekmemektedir. Örneğin: Suç işlenmesinde kullanılan tehlikeli eşya, bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmazsa dahi, müsaderesine hükmedilecektir (Yerdelen, 2005).

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "müsadere", "kazanç müsaderesi" ve "kaim değer müsaderesi" olarak düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel kanunlarla ilişki, hukuk devleti, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun olarak yeniden belirlenmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesinde ve Hükümet Tasarısı'nın 3. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; ceza kanununda yer alan hükümler, ayrı hüküm bulunmayan hâllerde, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlar hakkında da uygulanır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinde "Özel kanunlarla ilişki" düzenlenmiş ve Yeni Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanacağı, kuralı getirilmiştir. Özel kanunlarda aksine düzenleme olmayan hallerde hususu madde metnine özellikle alınmamıştır. Bu düzenleme, büyük bir değişiklik ve yeniliktir.

Özel ceza kanunlarında ve ceza içeren kanunlarda suç tanımlarına yer verilmesinin yanı sıra, çoğu zaman örneğin teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konularda da bu kanunda benimsenen genel kurallara aykırı uygulamaların yolu açılmakta ve temel ilkeler dolanılmaktadır. Tüm bu sakıncaların önüne geçebilmek bakımından, ayrıca hukuk uygulamasında birliği sağlamak ve hukuk güvenliğini sağlamak için; diğer kanunlarda sadece özel suç tanımlarına yer verilmesi ve bu suçlarla ilgili yaptırımların belirlenmesi ile yetinilmelidir. Buna karşılık, suç ve yaptırımlarla ilgili olarak bu kanunda belirlenen genel ilkelerin, özel kanunlarda tanımlanan suçlar açısından da uygulanmasının temin edilmesi gerekmektedir.⁴ Aksi yöndeki düzenlemelerin hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 10. ve Hükümet Tasarısı'nın 3. maddesinde yer alan düzenleme terkedilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile tüm özel kanunlar için de geçerli olmak üzere -m.5 sebebiyle- müsadere hususu yeniden ve genel hükümleri ile düzenlenmiştir. Eski sistemde değişik kanunlar veya maddelerde karmaşık şekil alan her suç için ayrı müsadere şartları öngörülen sistemsizlik terk edilmiştir.

⁴ 1 Haziran 2005 tarih ve 5237 sayılı TCK 5. madde gerekçesi

I.2.2.2.Diğer Güvenlik Tedbirleri

TCK m.54 ve 55'te düzenlenen müsadereye başka TCK m.53-60 arasında sayılan başka güvenlik tedbirleri de mevcuttur.

TCK m.53'te belli haklardan yoksun bırakma güvenlik tedbiri düzenlenmiştir. Bu maddede düzenlenen hak yoksunlukları⁵, sadece ceza kanunda zikredilen asli cezaya bağlı ferî bir ceza olmayıp, şartları sayılan hapis cezasının bir sonucu olduğundan, özel ceza kanunlarına göre hapis cezasına mahkum olanlar da - m.53 teki şartlar var ise- bu haklardan yoksun kalacaklardır.

TCK 56. maddesinde suçta sürüklenen çocuklarla ilgili olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca TCK m.31'e göre çocuklar yaşlarına göre üç kategoride ceza indirimine tabi tutulmaktadır. Yaşları 12'den küçük ya da 12-15 yaş grubunda oldukları halde suçun anlam ve önemini algılama ya da davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş çocuklara güvenlik tedbiri uygulanacağı belirtilmiştir. Bu güvenlik tedbirleri ve nasıl uygulanacakları ise 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda sayılmıştır.

TCK m.57'de akıl hastaları için tehlikelilik ölçütü getirilmiştir. Yani akıl hastası bir kişi hakkında tehlikeliliği devam ettiği müddetçe güvenlik tedbiri uygulanacaktır, hastalığı iyileşinceye kadar değil⁶.

Tekerrür halinde kişinin cezasının artırılması hususu kaldırılmıştır. Bunun yerine TCK m. 58 ile ceza infaz sisteminde değişiklik öngören mükerrerlere özgü infaz rejimi ve infazdan sonra denetimli serbestlik sistemi getirilmiştir⁷.

⁵ Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma güvenlik tedbiri; siyasi haklar, velayet hakları, tüzel kişi yöneticisi olamama, kamu hizmetinden yasaklama şeklinde ortaya çıkabilir.

⁶ Bu husus AİHM'nin Winterwerp/Holl. Davasında ortaya koyduğu akıl hastaları hususundaki ilkelere uygundur. Bu ilkelere göre akıl hastası ancak kendisine veya topluma zarar verme tehlikesi ortadan kalkana kadar tutulabilir.

Cezanın şahsiliği ilkesi ve bunun doğal sonucu olarak tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımına hükmedilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. TCK m.20/2 Bunun yerine kanunda açıkça öngörülen hallerde izin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin tüzel kişiler hakkında uygulanabileceği TCK m. 60'da hükme bağlanmıştır. Bu hüküm Anayasa m.38'deki güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulabileceği ve m.38/7 deki cezaların şahsiliği ilkelerine uygundur.

Ayrıca TCK 61. maddesinde yabancı suçlular için sınır dışı etme hususu düzenlenmiş ve bu konuda yetki ilgili bakanlığa bırakılmıştır⁸.

I.3.Muhafaza Altına Alma

CMK 123. maddede *“İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir”* denilmektedir.

Bu durumda muhafaza altına alma, delil niteliğinde olabilecek ya da müsadereye konu olabilecek (suçla alakalı) malvarlığı değerlerinin, yanında bulunduran kişinin rızasıyla kendisinden alınması ve yargılama süresince koruma altında tutulmasıdır. Elkoyma, kişinin rızası olmasa dahi zor kullanılarak söz konusu malvarlığının kendisinden uzaklaştırılmasıdır.

I.4.Elkoyma

Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri ispat aracı olarak yararlı

⁷ Bu hükümle tekerrürün cezayı artıran neden olması hususuna son verilmiş ancak Ceza İnfaz Kanunu m.107 de şartla salıverme düzenlenirken mükerrerler için ¼ şartı getirilmesi nedeniyle tekerrür fiilen cezayı artıran sebep olmaya devam etmektedir.

⁸ Bu hüküm AİHM'nin yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili Boultif /İsviçre, 2.8.2001 kararında ortaya koyduğu ilkelerle paralellik taşımaktadır. Yerdelen, E. Güvenlik Tedbirleri <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/189.doc>

görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesine konu olabilecek malvarlığı değerlerine el koyabilir. Cumhuriyet savcısının yazılı emri üzerine elkoyma işlemi gerçekleştirilmiş ise bu durumda Cumhuriyet savcısının yazılı emri 24 saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar (Aydın, 2009: 177).

Arama sonucunda veya başka türlü tesadüf olunan ve ispat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesine konu olabilecek malvarlığı değerlerine usulüne uygun kararlar yetkilendirilmiş kolluk görevlileri muhafaza altına alabilirler, bu eşyaları yanında bulunduran kişi bunları rızasıyla teslim etmezse eşyalara elkonulabilir. İstem üzerine kişi bu eşyaları teslim etmek zorundadır. Buna muhalefet etmesi halinde eşyanın zilyedi hakkında CMK m.60'daki disiplin hapsi uygulanır. Ancak bu şahıs şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinme hakkı olan bir kişi ise disiplin hapsi uygulanamaz (Gökçen, 1994: 6).

Elkoyma tutanağında bu işlemi yapan kolluk görevlisinin açık kimliği yer alır. Bu hükümden elkoymanın mutlaka bir tutanağa bağlanması gerektiği anlaşılır. Tutanak içeriği çıkarılacak yönetmelikte düzenlenmelidir. Elkoyma işlemi suçtan zarar gören mağdura gecikmeksizin bildirilir. Zilyedliğinde bulunan eşya veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulan kimse bu işleme karşı hâkime başvurabilir. Elkonulan eşyanın değerinin muhafazası ve zarar görmemesi için gerekli tedbirler alınır.

Elkonulan eşya, soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından bakım ve gözetimiyle ilgili tedbirleri almak ve istendiğinde derhal iade etmek koşuluyla, muhafaza edilmek üzere, şüpheliye, sanığa veya diğer bir kişiye teslim edilebilir. Bu teslim teminat gösterme şartına bağlanabilir⁹.

⁹ 1 Haziran 2005 tarih ve 5271 sayılı CMK 123 vd ile Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği hükümleri

Elkonulan eşyanın delil olarak saklanmasına gerek kalmaması halinde rayiç değerinin derhal ödenmesi karşılığında ilgiliye teslim edilebilir. Bu durumda ödemenin rayiç değerinin müsaderesine karar verilir. Elkonulan eşyanın zarara uğraması veya değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin bulunması halinde hükmün kesinleşmesinden önce elden çıkarılabilir. Elden çıkarma kararı hâkim tarafından ilgili kişiler dinlendikten sonra verilir ve karar kendilerine bildirilir.

Yukarıda izah olunan şekillerde elkonulan şüpheli, sanık veya 3. kişiye ait eşyaların soruşturma veya kovuşturma bakımından muhafazalarına gerek kalmaması veya müsadereye tabi tutulmayacağına anlaşılması halinde re'sen veya istem üzerine Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından iadesine karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir. Eğer elkonulan eşya mağdura ait ve bunlara delil olarak ihtiyaç duyulmayacak ise sahibine iade edilir.

I.5.Kabahat

Geçen yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya çıkan kanunun suç saydığı bazı fiilleri suç olmaktan çıkarma akımının etkisi ile en başta “mağduru gayri muayyen suçlar” suç olmaktan çıkarılarak kanunda belli bir rahatlama sağlanmıştır. Bugün, kendisini oldukça hissettiren bir eğilim, kabahatleri ceza hukukundan, pek tabii ceza kanunlarından çıkararak, idare hukuku alanına sokmak, yani “idari suçlar” haline getirmek istemektedir. Eğilim kuramsal değil, daha çok pratik nedenlere, özellikle hafif suçları yargılamanın ceza hâkiminin işini ağırlaştırdığı, ayrıca hantallaştırdığı düşüncesine dayanmaktadır. Hatta bu konuda çok daha ileriye gidildiği gözlenmektedir: Kendisini Avrupa Konseyinde hissettiren ve bugünkü tarihi - toplumsal deneyimlerimize göre hayalden öte pek fazla bir değer ifade etmeyen diğer bir eğilim,

sadece kabahat suçlarını değil, cürüm suçlarının da, suç olmaktan çıkarılmasını, hatta giderek ceza hukukuna ihtiyaç olmayan bir toplumun yaratılmasını istemektedir¹⁰.

Bu akım, ülkemizde etkisini göstermiş, kabahat suçları, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile “idari suçlar“ haline getirilmek istenmiştir.

Yürürlükten kalkmış bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, suçları, cürüm veya kabahat (m.1) olarak ayırmıştır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, suçların cürümler ve kabahatler olarak bir ayırımına yer vermemiştir. Gerçekten, Kanunun 2. maddesinin gerekçesinde, Cumhuriyetin kurulmasından bugüne kadar ceza kanununun bir parçası olarak varlığını sürdüren kabahatleri “suç“ saymamanın nedeni açıklanmamış, sadece “Suçlar arasında cürüm ve kabahat ayırımı kaldırıldığı için, Tasarının “*Suçlar, cürüm ve kabahattir*“ şeklindeki ikinci fıkrası metinden çıkarılmıştır“, demekle yetinmiştir (Güçlü,2008:15).

Daha sonra, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun, 2. maddesinde kabahatleri, “*Kabahat deyiminden, kanunun, karşılığında idari yaptırımlar öngördüğü haksızlık anlaşılır*“ biçiminde tanımlamıştır (Yeni, 2007). Oldukça önemli görülen bir düşünce, kabahatleri, gerek idari polisin faaliyetinde, gerekse uygarca yaşamın iyileştirilmesi amacına matuf sosyal, idari faaliyette ifadesini bulan devletin idari menfaatine aykırı icra veya ihmal fiili olarak algılamaktadır.

I.6. İdari Yaptırımlar

İnsanların topluluk halinde yaşamalarının bir gereği olan toplumsal görevlerini yerine getirmeleri, ancak zorlayıcı kurallarla sağlanabilmektedir. Bu zorlayıcı kuralların başında yaptırımlar gelmektedir.

¹⁰ 1 Haziran 2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Genel Gerekçesi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin idari yaptırımlar hakkındaki tavsiye kararında¹¹ da belirtildiği üzere, devlet idaresinin büyümesi ve belirli eylemlerin suç olmaktan çıkarılması yönündeki eğilim (décriminalisation), idari otoritelere belirli yaptırımlar konusunda tasarrufta bulunabilme yetkisinin tanınması sonucunu doğurmuştur. Hemen aynı görüşler Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları'nın giriş bölümünde de ifade edilmiştir. Ayrıca, yasama organları ve hukuk biliminin idari yaptırımlarda istenmeyen artışın engellenmesi ile bu alanın sınırlarının ve ilkelerinin belirlenmesi yönünde çalışmalar yapması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Ancak bu gelişmelere paralel olarak, idarenin artan görevleri hukuka uygun davranmasını da güçleştirmekte ve kişilerin haklarının ihlal edilmesi sonuçlarını doğurmaktadır (Gürsel, 1995: 33)¹².

İdarece uygulanan yaptırımların önemli bir bölümü idare hukukundadır. Bu yaptırımların yaygın olmasının nedeni, belediyelerin uyguladığı yaptırımlar, trafik cezaları ve imar konuları gibi toplumu yakından ilgilendiren alanlarda başvurulmalarıdır. Ticari ceza hukuku ve çevre ceza hukuku gibi yeni gelişen alanlarda da idari nitelikte yaptırımlara başvurulması, idari yaptırımlara ülkedeki hemen herkesi ilgilendiren bir yaygınlıkta başvurulmasına neden olmaktadır (Özay, 1985: 108). İdari yaptırımlar gün geçtikçe artan bir önem kazanmaktadır. Basının promosyon uygulamalarını kontrol altına almak için çok yüksek miktarlara varan yaptırımların çözümler arasında düşünülmesi (Tercan, 1996: 751), belirli sürelerle televizyon yayının

¹¹ Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu'nun 13 Şubat 1991 tarihli İdari Yaptırımlara İlişkin R (91) 1 sayılı Tavsiye Kararı,

¹² Viyana 14. *Uluslararası Ceza Kongresi Kararları* (1-7 10.1989 Viyana), Bu kongrede alınan kararların çevirisi için bkz. (Çev. Nur CENTEL), *Argumentum*, Y.1, S.1, s.6-7.

durdurulması¹³ ve belirli yerlerde sigara içilmesinin yasaklanması¹⁴ gibi yaptırımlar son zamanlarda, idari yaptırımların daha sık gündeme gelmelerine neden olmaktadır.

Özay'a göre idari yaptırımlar "yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır" (Özay, 1985: 35). Bu yaptırımlara idarece öngörülmesi ve yine idarece uygulanması nedeniyle idari yaptırımlar denilmektedir (Derdiman, 1997: 117). Yabancı yazında da tanımlamanın hareket noktası olarak İdarece karar verilmek ve idarece uygulanmanın seçildiği görülüyor. Bir hukuk normunda belirtilen idari ihlali işleyen kimse hakkındaki yaptırıma, idare tarafından karar verilmesi ve uygulanması imkanı tanınan ve sürücü ehliyetinin geri alınması, örneklenen yaptırım grubu idari yaptırımlar olarak belirtilmiştir (Papanicolaidis, 1960: 69).

Uyuşmazlık Mahkemesi, "...kanunun öngördüğü bir cezanın idarenin bir organı eliyle uygulanabilmesini" idari yaptırım olarak adlandırılmaları için yeterli bulunmaktadır¹⁵.

Anayasa Mahkemesi de, yakın tarihli bir kararında doktrinin idari yaptırımlar konusunda yaptığı tanımı hemen hemen aynı şekilde kabul etmektedir. Yüksek Mahkemenin bu tanımı şu şekildedir: "İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak İdare Hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlarla, verdiği cezalara 'idari yaptırım' denilmektedir"¹⁶.

¹³ 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkındaki Kanun, RG. 20.4.1994-21911.

¹⁴ 4207 sayılı Tütün Mamullerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun, RG. 26.11.1996- 22829.

¹⁵ Uyuşmazlık Mahkemesi Kararı, 8.5.1998 gün, E.1998/10, K.1998/12, RG. 6.6.1998- 23364.

¹⁶ AYM. 23.10.1996 gün, E.1996/48, K.1996/41, AMKD., C.1, S.33, s.181-182.

Alman doktrinde idari yaptırımlar, suç olmayan idari ihlallerin yaptırımı olarak kanun veya kanun hükmündeki düzenlemelerle konulan yasakların ya da disiplini bozan davranışları içeren hükümlerin ihlalini cezalandıran ve ceza yaptırımı olmayan yaptırımlar olarak tanımlanmıştır (Wolf ve Bachof, 1978: 373).

Ceza yaptırımları, toplum düzenini koruma ve sağlamayı amaçlarken, idari yaptırımlar öncelikle, kişilere idare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini hatırlatmayı ve böylece idari düzeni sağlamayı hedeflemektedirler. Bu yaptırımlar, cezalandırmak ya da çektirmekten çok, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu “eksilmenin giderilmesini” amaçlamaktadır.

İdare, kamu ihtiyaçlarını karşılama, kamu düzeni ve güvenliğini sağlama, kamu sağlığını koruma gibi geniş bir faaliyet ve tasarruf alanına sahiptir. Bu fonksiyonlarını yerine getirirken bir yargı kararına gerek olmaksızın kararlarını “resen icara edebilme” gücünü elinde tutar. Kararların zorla icrası ve idarenin resen hareket etmesi istisnai bir yetkidir. İdare, yaptırımlar alanında genellikle kolluk yetkisini kullanarak faaliyet göstermektedir.

İdarenin görevleri arasında kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunması anlamına da gelen idari düzeni koruma önemli bir yer tutar.

Genel olarak düşünüldüğünde yaptırımların devlet egemenliğinden kaynaklandığı görülür. Devletin bireyin yaşamına yaptırımlarla müdahalesinin haklı gerekçesi suçun varlığından doğmaktadır. İdari yaptırımlar öncelikle, kişilere idare karşısındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmelerini hatırlatmayı ve böylece idari düzeni sağlamayı hedeflemektedirler. Bu yaptırımlar, cezalandırmak ya da

çektirmekten çok, idari ihlalin kamu yararında neden olduğu eksilmenin giderilmesini amaçlamaktadır¹⁷.

İdari yaptırımların özellikleri olarak dikkat çeken konular şunlardır (Gölcüklü, 1963: 136)

- İdari yaptırımlar belirli bir kişiyi hedef almaktadırlar.
- Cezalandırıcılık ve önleyicilik özelliği taşırlar.
- Yargıç kararına gerek duyulmadan, idarece resen uygulanabilirler.
- İdare, yaptırım uygulamasında hem davacı hem de yargıç durumundadır.
- İdari yaptırım uygulanmasında usul diğer yaptırımların uygulanma usulünden farklıdır.

Ülkemizdeki idari yaptırımlar olarak şunlar saptanabilir: Kaçakçılık suçlarında idari tedbir olarak müsadere ile sağlık ve ekonomiye zararlı olabilecek maddelerin satışının durdurulması, pasaport vermeme, yabancı bir ülkede yayınlanmış basılan eserlerin yurda sokulmasının Bakanlar Kurulu kararı ile yasaklanması, Türk vatandaşlığının Bakanlar Kurulu Kararı ile kaybettirilmesi gibi devlet ve merkezi idarece uygulanan idari yaptırımlar ile park yasağına uymayan sürücülerin araçlarının çektirilmesi, eğlence yerlerinin tarifelerinin düşürülmesi, hizmetten yararlandırmama, para yaptırımları, işyeri kapatma, izin ve ruhsatların iptali gibi yerel yönetimlerce başvuru alan idari yaptırımlardır (Güçlü, 2008: 15).

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca da idari yaptırımlara başvurulabilmektedir. Bu yaptırımlar, uyarma, kınama, idari para cezası, mesleğin

¹⁷ Davranışları suç olmaktan çıkarma ya da ceza yerine idari yaptırım koymada işlev ya da kurumlarında davranışın hukuka aykırı olma niteliği değişmemektedir. Burada yaptırımın nedeni olan olgu, suç ya da haksız fiil değil, davranışın hukuka aykırı oluşudur.

icrasından geçici olarak yasaklama ve meslekten çıkarma gibi disiplin yaptırımlarından oluşmaktadır¹⁸.

İdari yaptırımlar için bir sınıflandırma yapılacak olursa idari yaptırımları: Mali ve Bireysel Yaptırımlar olarak ikiye ayırabiliriz.

I.6.1.İdari Mali Yaptırımlar

İdari mali yaptırımlar, hukuka aykırı davranışları sebebiyle, bireylerin malvarlıkları üzerinde etkisi olan, onların sahip oldukları bazı şeylerden yararlanmalarının yasaklanmasıdır. İdari mali yaptırımlar farklı şekillerde olabilir. Bu yaptırımlar şunlardır: idari para cezaları, elkoyma, zoralım, aylıktan kesme, yıkma kararları gibi.

I.6.1.1.İdari Para Cezası

Kabahatler karşılığında uygulanacak idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirler olarak iki ana gruba ayrılmıştır. İdarî tedbirler olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir. İlgili kanunlarda yer alan tedbirlerin çeşitliliği karşısında, bunların sınırlayıcı bir şekilde sayılmasından kaçınıldığı görülmektedir¹⁹.

Kabahatler Kanunu'nda, kavram kargaşasına neden olmamak için, kabahatlerle bağlantılı olarak müsadere kavramı yerine, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ifadesi kullanılmıştır. Bu yaptırımın konusunu oluşturan eşya ve sair malvarlığı değerinin mülkiyetinin devlete veya sair bir kamu kurum ve kuruluşuna geçmesi söz

¹⁸ Bazen de, RTÜK gibi bağımsız idari otorite tarafından, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 33. maddesinde belirtilen idari yaptırımlar uygulanmaktadır.

¹⁹ Önce yazılı olarak uyarılan arıtma tesislerini çalıştırmadığı ve atık sularını açıkta akıtarak çevreye zarar veren ve yapılan denetimde arıtma tesisini çalıştırmadığı ve atık sularını açığa bıraktığı saptanan, atıkların boşaltıldığı bölgedeki ağaçların da kurumaya yüz tuttuğu gerekçesiyle ve son derece ağır bir koku salarak çevre sakinlerini rahatsız eden Tekel Fabrikası hakkında Çevre İl Müdürlüğüne para yaptırımına karar verilerek 570 milyon lira tutarındaki yaptırım Valilik tarafından da onaylanmıştır: "TEKEL'e Çevreyi Kirletme Cezası", Cumhuriyet Gazetesi, 26.9.1998, s.18.

konusu olabileceği için, mülkiyetin devlete geçirilmesi ifadesi değil, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ifadesi benimsendiği görülmektedir²⁰(Sönmez, 2008).

İdarî para cezasının maktu veya nispi olabileceği kabul edilmiştir. İdarî para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebileceği öngörülmüştür. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı belirtilmiştir.

İdarî para cezasının, Devlet Hazinesine ödeneceği kabul edilmiştir. Bu hükümle, çeşitli mevzuatta yer alan idarî para cezasının münhasıran ilgili kamu kurum ve kuruluşunun geliri olduğu yönündeki düzenlemelerin oluşturduğu sakıncanın giderilmesi amaçlanmıştır. İdarî para cezasının belli koşullarda taksitle ödenmesine imkân tanıyan bir düzenleme yapılmıştır. İdarî para cezalarının tahsiline ilişkin rejim belirlenmiştir²¹.

İdari para cezaları, Gümrük Vergisini hiç ödemeyerek ya da az ödeyerek malların ithalinde vergi kaçırılmasını önlemeyi amaçlayan 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun, 1615 sayılı Gümrük Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu, 859 sayılı İpek Böceği ve Tohumu Yetiştirilmesi ve Muayene ve Satılması Hakkında Kanun, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Devlet Memurları Kanunu olmak üzere geniş bir yelpazede düzenlenmiştir.

I.6.1.2.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Bir idarî tedbir olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına ilişkin hükümler 5236 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir. Mülkiyetin kamuya

²⁰Sönmez , Zülal, Gümrük Kontrolörleri Derneği Yönetim Kurulu Başkanı Gümrük Dünyası Dergisi sayı 45 <http://www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/45/3.html>

²¹ 1 Haziran 2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu Genel Gereğesi

geçirilmesi tedbirine ancak ilgili kanunda açık hüküm bulunan hallerde karar verilebilir. Müsadereden farklı olarak, mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, idarî nitelikte bir karardır. Bu tedbirin konusunu, ancak kabahatin konusunu oluşturan veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya oluşturabilir (Sönmez, 2008).

Bu tedbire karar verilmesinin belli bir süre geciktirilebileceği koşullar belirlenmiştir. Kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya, fail tarafından (Örneğin: Yurda sokulmadan belli bir süre içinde başka bir ülkeye götürülüp kullanıldığı, kullanılamaz hale getirildiği veya sahibine iade edildiği takdirde mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmeyebilecektir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmeden önce, kamu görevlileri tarafından eşya üzerinde kısa süreli elkoyma tedbirine başvurma imkânı tanıyan bir düzenleme yapılmıştır (Sönmez, 2008).

Bu tedbirin konusunu oluşturan eşyanın mülkiyetinin, kanunda açık hüküm bulunan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşuna, aksi takdirde devlete geçeceği kabul edilmiştir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının, bir idarî tedbir niteliğinde yaptırım olduğu vurgulanmıştır. Mülkiyeti kamuya geçirilen eşyanın imhasına ilişkin koşullar da kanunda belirlenmiştir. Diğer mali idari yaptırımlara örnek olarak, aylıktan kesme ve yıkım kararları ve yıkma masrafları gösterilebilir.

I.6.2. Bireysel İdari Yaptırımlar

Bireysel yaptırımlar kişinin malvarlığından bir eksiltme ya da kullanımını engelleyerek malvarlığı üzerinde tasarruf etmesini kısıtlayan yaptırımlar değildir. Bunlar, bireye uyguladığı yaptırımla, idari ihlalin doğuşundan önce caydırılarak ortaya çıkışını engellemek, çıkması halindeyse, tekrarlanmasını önleme amaçlarını taşır. Bireysel idari yaptırımlar olarak adlandırılan yaptırımlar, yabancıların sınır dışı

edilmesi, sürücü ehliyetinin geçici olarak geri alınması, işyeri kapatma örnekleri yanında, meslek ve sanatın icrasından men, izin ve ruhsatın geri alınması, faaliyetin durdurulması, pasaport vermemek, Türk vatandaşlığının Bakanlar Kurulu Kararı ile kaybettirilmesi, ruhsatsız inşaatın durdurularak mühürlenmesi; disiplin yaptırımlarından, kınama, uyarma, görevden çıkarma olarak değerlendirilebilecek idari yaptırımlardır (Özcengel, 2007).

İKİNCİ BÖLÜM

MÜSADERE VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ

II.1.Müsadere Kavramı

Sözlük anlamı olarak müsadere, Arapça meydana çıkma anlamındaki sudur kelimesinden türetilmiştir. Genel olarak bir bedel ödemediği devlet adına alınması anlamında kullanıldığı gibi kanunlarla yasaklanan eşya ve malların devlet tarafından zapt edilmesi anlamında da kullanılmıştır²².

Ceza hukuku terminolojisinde ise müsadere; işlenen bir suç karşılığı olarak suçlunun malvarlığının tamamı (genel müsadere), ya da bir bölümü (özel müsadere) üzerindeki mülkiyetine son verilmesi ve bu mülkiyetin kamusal karakter gösteren bir teşekküle devredilmesi anlamına gelir (Dönmezer ve Erman, 1999: 709).

Müsadere, kanunda yazılı olan durumlarda belirli eşyanın mülkiyetinin veya kazancın, mahkeme kararıyla sahiplerinden alınarak kamusal bir teşekküle verilmesini sağlayan ve bazen ceza bazen de tedbir olarak uygulanan Yeni Türk Ceza Kanunu'nda ise hukuki niteliği güvenlik tedbiri olarak kabul edilen bir yaptırımdır (Gedik, 2007: 8).

5237 sayılı TCK m. 54 ve 55 anlamında müsadere ayrıntılı olarak tanımlanmaya çalışılırsa; kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen ve kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması şartlarından birinin varlığı halinde suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan veyahut üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın mülkiyeti ; suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için

²² TDK Türkçe Sözlük C.2 s.1058

sağlanan maddi menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların devlete geçirilmesini ifade eder.

II.1.2.Müsadere Çeşitleri

Müsadere suç işleyen kişinin malvarlığının tamamı veya sadece suçla ilgili olan kısmının devlete geçmesi hallerine göre genel ve özel müsadere olarak ikiye ayrılmaktadır.

II.1.2.1.Genel Müsadere

Genel müsadere; suçlunun taşınır ve taşınmaz bütün malvarlığı üzerindeki mülkiyetini kaldıran ve bunların devlete geçmesini sağlayan bir ceza olarak tanımlanmaktadır. Genel müsadere artık hemen hemen hiçbir hukuk sisteminde bulunmayan bir müessesedir. Zira suçlunun tüm malvarlığının elinden alınması sebebiyle müsadere bir tedbir olması ve suçlu yanında ailesini de doğrudan etkilediğinden cezaların şahsiliği ilkesini de ihlal eden bir uygulamadır (Dönmezer ve Erman, 1999: 710; Öztürk ve Erdem, 2005: 303).

Anayasamız m.38/9 da genel müsadere cezasının verilemeyeceğini açıkça düzenlemiştir. Genel müsadere cezası Anayasa'nın 38/7 maddesindeki ceza sorumluluğunun şahsiliği ve 13. maddesindeki insan haklarının demokratik toplum gereklerinin dışında sınırlanamayacağı kurallarına da aykırıdır. Bu şekildeki kural, kanun koyucuyu genel müsadere anlamına gelecek bir ceza koyamayacağı konusunda sınırlandırmaktadır. Ancak Askeri Ceza Kanunu m.78 de "*düşman tarafına kaçan, askerlikten kaçarak yabancı ülkeye sığınan, veya bu maksatla yabancı ülkede kalan, kimsenin Türkiye'de bulunan ve ilerde edineceği bütün malları müsadere edilir.*" Hükmü düzenlenmiştir. Bu açıkça bir genel müsadere hükmüdür ve Anayasa'nın yukarıda belirtilen hükümlerine aykırıdır.

II.1.2.2.Özel Müsadere

Kanunla düzenlenmiş şartların varlığı halinde, suçla ilgili olan belli bazı eşyaların ya da kazancın mülkiyetinin devlete geçmesine özel müsadere denir. Çağdaş ceza hukuklarında genel müsadere yasaklanmış iken, müsadere konusu eşya veya kazancın suçla ilgili ve doğrudan bağlantılı olduğu özel müsadere öngörülmekte ve meşru görülmektedir. Hatta bazen suç için öngörülen asıl cezadan da etkili bir tedbir olarak işe yaramaktadır. Bu maksatla Dietrich; müsadere için ceza teorilerinin en ızdırap veren çocuğu deyimini kullanmıştır (Önder, 1994: 86).

Anayasa Mahkemesi bir kararında²³ “*özellikle bir suçlunun suçu oluşturan eylemi ile hiçbir ilgisi olmayan tüm mamelekinin müsaderesi bugünkü ceza hukukunda haklı görülmemektedir. Müsaderenin suçla ilgili veya varlığı suç oluşturan şeylere ilişkin olması hali haklı bir durum yaratmaktadır*”. Diyerek özel müsaderenin meşruluğunu açıklamıştır.

II.1.3.Müsaderenin Hukuki Niteliği

Müsadere bir ceza mı, ek (fer'i) ceza mı, yoksa bir tedbir midir? Bu soruların cevabı müsaderenin hukuki niteliğini ortaya koyacaktır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin tanımı kavramlar bölümünde yapılmıştır.

Bir kısım ceza kanunları müsadereyi *tedbirler* kısmında düzenlerken; bir kısmı da *ek ceza olarak, diğer önlemler veya cezalar ve önlemler* gibi başlıklarla düzenlemektedir. Müsadereyi ceza olarak düzenleyen kanunlar olduğu gibi müsaderenin bazı şartlarda ceza bazı şartlarda önlem olduğuna yer veren kanunlar da vardır (Önder, 1994: 89).

²³ Anayasa Mahkemesi'nin 765 sayılı TCK m.403/son maddesinin iptaline ilişkin 3.6.1988 tarih ve 1988/16 K sayılı kararı

Karşılaştırmalı hukukta, özellikle İtalya, Almanya ve İsviçre hukukunda müsadere güvenlik tedbiri, Amerikan Hukukunda önleyici bir tedbir, Danimarka, Belçika ve Fransa hukukunda tedbir ve ceza olarak düzenlenmiştir (Gedik, 2007: 15).

Bizim ceza hukuku sistemimizde müsadere hukuki niteliği 765 sayılı TCK yürürlükte iken tartışmalıydı. Bir görüş, 765 sayılı TCK’nda düzenlenen müsadere hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak kabul etmekte iken, diğer bir görüş TCK m36’yı kendi içerisinde ikiye ayırarak m.36/2 maddesini güvenlik tedbiri, m.36/1 ceza olarak kabul etmekteydi (Gedik, 2007: 17).

Uygulamada ise Yargıtay 765 s. TCK’nun yürürlükte olduğu son dönemlerde yerleşen içtihadı ile 765 sayılı TCK m.11’de sayılan cezalar arasında yer almayan müsadere bir ceza olmayıp güvenlik tedbiri olduğunu kabul etmekteydi.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ise müsadereyi yaptırımlar ana başlığı altında cezalardan sonra m.54 ve 55’te güvenlik tedbiri olarak açıkça düzenlemiştir. Maddelerin gerekçesinde de *“yapılan düzenleme ile getirilen temel değişiklik müsadere hukuki niteliğinin bir güvenlik tedbiri olduğunun kabul edilmesidir. İşte bu nedendir ki müsadereye hükmedilmesi için bir suçun işlenmesi zorunlu olmakla birlikte, bu suçtan bir kimsenin cezaya mahkum edilmesi gerekmemektedir. Örneğin suç işlenmesinde kullanılan eşya bunu kullanan fail çocuk veya akıl hastası olması nedeniyle cezalandırılmasa dahi müsadere edilebilecektir.”* Denmek suretiyle müsadere hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olduğu açıkça anlatılmıştır.

Kanunun ve kanun gerekçesinin bu açık anlatımına rağmen doktrinde müsadere hukuki niteliğine dair tartışmalar bitmemiştir. Zira TCK m.54/1 deki suçla ilgili eşyanın müsadere hususunu ceza olarak değerlendiren görüş sahiplerinin sayısı az değildir (Öztürk ve Erdem, 2005: 302; Şen,1998:176; Gedik, 2007: 19).

Kanaatimce kanunun açık düzenlemesi ve örneklerle izah edilmiş bir gerekçe ile getirilen açıklamalar ışığında konuyu yorumlamak zorunludur. Bu durumda kanun koyucunun amacına uygun olarak müsadere hukuki niteliğini güvenlik tedbiri olarak kabul etmek gerekir. Aksi takdirde akıl hastalığı nedeniyle ceza tertibine yer olmadığına karar verirken bu kişinin suçta kullandığı eşyayı müsadere etmek için yeterli gerekçeyi bulmamız mümkün olmayacaktır.

II.1.4.Karşılaştırmalı Hukukta Müsadere

II.1.4.1.Almanya

Alman Hukuku'nda suç teşkil eden fiillerin müeyyidesi olarak, cezalar ve tedbirler öngörülmüştür. Tedbir kavramı, güvenlik tedbirlerini, suçtan meydana gelen malvarlığı kazancının mülkiyetinin devlete geçmesini, müsadereyi ve kullanılamaz hale getirmeyi kapsar. Alman Ceza Kanunu'nun 74 vd. maddelerinde müsadere tedbiri düzenlenmiştir. Buna göre müsadere, suçtan kaynaklanan veya suçun işlenmesi veya hazırlanması sırasında kullanılan veya kullanılmak üzere belirlenmiş bulunan eşyaların failin elinden alınmasıdır. Müsadere kasten işlenen suçlarda bu suçtan doğan veya suçun işlenmesinde veya hazırlanmasında kullanılmış olan veya suçta kullanılmak üzere hazırlanmış olan eşyalar müsadere edilebilir. Müsadere, eşya kararın verildiği sırada faile veya şeriğe ait veya onun tasarrufunda ise ayrıca eşyalar nitelikleri gereği toplumu tehdit ediyor ya da suç işlenmesine katkıda bulunma tehlikeleri varsa mümkündür (Jescheck, 1997: 47).

Alman Ceza Kanunu 74/1 maddesindeki müsadere niteliği gereği bir cezadır. Burada müsadere suçun fail veya şeriklerine yönelik olup hakim açısından ihtiyaridir. Alman Ceza Kanunu m.74/2'de ise eşyanın tehlikeliliğine bağlı olarak müsadere söz konusudur. Bu sebeple buradaki müsadere hukuki niteliği güvenlik

tedbiridir. Eşyanın müsadere için eylemin hukuka aykırı olması yeterlidir, kusurlu hareket sonucu meydana gelmiş olması gerekmez (Jescheck, 1997: 47).

Müsadere ayrı olarak Alman Ceza Kanununda m. 73 mülkiyetin kamuya geçirilmesi düzenlenmiştir. Burada faili hukuka aykırı olarak elde ettiği ekonomik değerlerin elinden alınması maksadı vardır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu genel olarak Alman Ceza Kanunu'ndan etkilenmiş bir kanundur. Bu anlamda müsadere hükümleri de benzerlik göstermektedir.

II.1.4.2.İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun 58. maddesi bir suç işlemekte kullanılan veya kullanılma olasılığı olan şeylerin müsadere, 59. madde ise kişisel malvarlığı müsadere düzenler. Müsadereye konu malvarlıklarının söz konusu kişiden alınmasının mümkün olmadığı durumda hakim eşit miktarda telafi edici müsadereye hükmedebilir (Overbeck, 1974: 247)

İsv.C.K. m. 59'da devlete intikal düzenlenmiştir. Buna göre bir kimseyi suç işlemek için azmettirmeye veya işlediği bir suç için mükafatlandırmaya yaramış veya yarayacak hediye ve sair menfaatler devletin malı olur. Bu eşya olmadığı takdirde onları alan kimsenin değerini ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

II.1.4.3.İtalya

Müsadere İtalya Ceza Kanunu'nda mali emniyet tedbiri olarak düzenlenmiştir. İt.C.K. m. 240 hakim mahkumiyet halinde suçun işlenmesinde kullanılan ya da kullanılmak üzere hazırlanan veya suç dolayısıyla meydana gelen ya da kazanılan şeyin müsadere hükmedebilir. Suçun geliri olan ve üretilmesi , kullanılması, taşınması bulundurulması suç oluşturan şeyler mahkumiyet söz konusu olmasa bile müsadere edilir. Esasen suç teşkil eden eşyalar bakımından eşyanın kime

ait olduğu müsadere açısından önemsizdir. Ancak suçta kullanılan eşyanın müsadere için bu eşyanın suçun failine ait olması ya da sahibinin rızasıyla suçta kullanılması gerekir (Pisapia, 1971: 169)

765 sayılı Türk Ceza Kanunu genel olarak İtalya Ceza Kanunu'ndan etkilenmiş bir kanundu. Bu anlamda müsadere hükümleri de benzerlik göstermekteydi.

II.1.5.Müsaderenin Tarihsel Gelişimi

Babil Hukuku'nda Hammurabi Kanunları ile adam öldürme ve yaralama suçlarında cezanın yanı sıra müsadere hususu da görülmektedir (Okandan, 1951: 118).

Roma Hukuku'nda malvarlığına ilişkin bir ceza olarak düzenlenmiş olan, malvarlığının tamamını veya belirli bir kısmını devlete geçiren müsadere Cumhuriyetin sonlarına doğru giderek devletin zenginleşmesini sağladığından kötüye kullanılmaya başlanan bir ceza halini almıştır. Malların tamamen müsadere yoluna gidildiğinde başlangıçta suçlunun çocuklarına dahi hiçbir şey bırakılmazken, sonraları çocuklara malların bir kısmının bırakılması hususu kabul edilmiştir. Justinianus zamanında malların tamamının müsadere sadece İmparatora karşı işlenen suçlarla sınırlandırılmıştır (Okandan, 1951: 501).

Aydınlanma çağında Beccaria 1764 yılında yayınladığı “*Suçlar ve Cezalar*” adlı eserinde ceza hukukunda adalet ve insanlık hislerine dayanan bir devrim yaratmış ve müsadere cezasına karşı çıkmıştır (Dönmezer ve Erman,1999: 50).

İslam hukukunda ilk devirlerden itibaren müsadereye tabi eşya kavramı ve müsadere uygulaması mevcuttur. Müsaderenin amacı suçun işlenmesini önlemek olduğundan eşya çoğu zaman imha edilerek bu amaç gerçekleştirilirdi.

Osmanlıda müsadere hem salt ceza olarak hem de siyasi mali bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır. Hangi suçlara karşı müsadere cezasının verildiği kati

olarak belli değildi. Siyaseten katli cezasına tabi tutulan ya da azledilen devlet memurlarına karşı uygulanıyordu (Mumcu, 1985: 149).

Tanzimat'tan sonra 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayun'un 12. maddesinde düzenlenen müsadere hükmüne göre, cinayet ve cünhanın icrasında kullanılan veya kullanılmak üzere bulunan eşya müsadere edilecektir (Gökçen, 1989: 53).

765 sayılı Türk Ceza Kanunu 1926 yılında yürürlüğe girdi. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 36. maddesinde müsadere düzenlenmişti. 26.9.2004 tarihinde kabul edilen ve 12.10.2004 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 54. ve 55. maddelerinde müsadere hususu kapsamlı şekilde düzenlenmiştir.

II.2.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kavramı

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'ndan önce "mülkiyetin kamuya geçirilmesi" terimi yerine öğretilerde idari düzeni bozan eylemlere karşı idare tarafından doğrudan uygulanan bir yaptırım olması nedeniyle idari müsadere deyimi kullanılmıştır (Mahmutoğlu, 1995: 152). İdari müsadere, toplum düzeninin güvenliğinin ve sağlığının korunması konusunda ve kural olarak düzene aykırılık teşkil eden bir eylem sebebiyle idarece herhangi bir yargı kararı olmaksızın doğrudan doğruya uygulanan ve bireye toplumsal yükümlülüklerin hatırlatılmasında katkıda bulunan engelleyici ve tali nitelikte olan bir yaptırım olarak tanımlanmıştır (Mahmutoğlu, 1995: 152). Bu anlayışa göre, müsadereye bazen "ceza" bazen "güvenlik tedbiri", bazen de "idari bir tedbir" olarak başvurulur. Müsadereye mahkemece değil de idari organlarca karar verildiğinde, müeyyide idari bir tedbir niteliğindedir (Erman, 1976: 199).

II.2.1. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Tarihsel Gelişimi

Klasik ceza hukuku anlayışında, suç sayılan fiillerin yaptırımları yargı mercilerince verilir ve suç denilince de dar anlamda suç olarak belirlenen adli nitelikteki suç ve cezalar akla gelir. Bir çok alandaki hızlı değişim ve kimi nedenlerle hemen her ülkede yargı mercilerinin iş yükünü zamanla baş edilemez hale gelmesinden dolayı, yargı mercilerinin iş yoğunluğunu azaltmaya yönelik arayışlar artmış ve bir kısım hafif nitelikteki suçların, adli suç olmaktan çıkarılma eğilimi başlamıştır. Bu eğilim kapsamında kalan suçların tümüyle suç olmaktan çıkarılması yerine, toplum düzeninin korunması kaygısıyla bu fiillerin toplum düzenini bozucu davranışlar olarak görülerek idareye ceza verme yetkisi gündeme gelmektedir. Tanınan söz konusu ceza verme yetkisinde idare, yargı organlarına başvurmaksızın ceza vermektedir (Karagülmez, 2005: 27).

Suç olmaktan çıkarma, ceza yaptırımına bağlı ve ceza yasalarında bulunan suç tiplerinin ceza sistemi alanından çıkarılması demektir. Bu ceza yasasından çıkarma veya başka hukuk düzenine dahil etme biçiminde olabilir (Centel ve diğ. 2005: 227).

Türk Hukukunda bazı özel yasalardaki cezaların idari cezaya dönüştürülmesine 1980'lerden itibaren başlanmıştır (Centel ve diğ. 2005: 227).. Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunları dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idari yaptırımlar öngörülmüştür (Hakeri, 2007: 102).

II.2.2. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Hukuki Niteliği

Kabahatler Kanunu kapsamında mülkiyetin kamuya geçirilmesi; kanunda açık hüküm bulunan hallerde yönetsel bir karar ile kabahatin konusunu oluşturan veya kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilen eşya üzerindeki özel mülkiyete son verilerek,

bu mülkiyetin devlete veya kabahatin konusuyla ilgili diğer kurum ve kuruluşlara devredilmesi olarak tanımlanabilir. Aynen kabahatlerin tanımlanmasında olduğu gibi burada da ceza hukuku müessesesi olan müsadere ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi arasındaki fark bu tedbirin bir yargı organı tarafından değil idari bir makam tarafından uygulanmasıdır. Bu sebeple mülkiyetin kamuya geçirilmesi terimi müsadere ile ayrılması ve mülkiyetin devlet yanında diğer kamu kurum ve ilgili kuruluşlara aktarılmasını da içerecek şekilde seçilmiş olması da kanun koyucunun bilinçli tercihidir (Gedik, 2008: 113).

II.2.3. Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Müsadere ile Farkı

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine ancak kanunda açıkça düzenleme yapılmışsa başvurulabilecektir. Müsadere açıkça kanunun ilgili özel maddesinde düzenlenmemiş olsa bile Türk Ceza Kanunu'nun genel bölümünde düzenlendiğinden uygulanabilir.

Müsadere ancak kasten işlenen suçlarda mümkündür. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri kabahatlerle ilgili olduğundan kanunda düzenlenen hallerde taksir veya kast aranmaksızın bu tedbire başvurulabilir.

Kabahatlere teşebbüs halinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine başvurulamaz. Çünkü kabahatlerde teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Müsadere bir yargı organı kararıyla uygulanırken, mülkiyetin kamuya geçirilmesi için idari organın kararı yeterlidir.

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesinin amaçları farklıdır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesinin amacı bireyin idari düzeni ihlal etmesinden dolayı uyarılmasıdır. Bir güvenlik tedbiri olarak müsadere ile amaç ise yeni suç işlenmesinin önlenmesidir (Mahmutoğlu, 2000: 153; Çağlayan, 2007: 59).

Bir idari yaptırım çeşidi olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri de, mülkiyetin bir çeşit kaybı sonucunu doğurmakta ve mülkiyet sahibinden alınarak devlete veya diğer kamu kurum veya kuruluşuna geçirilmektedir. Kabahat teşkil eden fiilin işlenmesi suretiyle elde edilen malvarlığı değeri örneğinde olduğu gibi mülkiyetin kamuya geçirilmesinde de, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanımı söz konusudur. Kabahatler Kanunu'nda mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirinin uygulanması için ilgili kanunda açıkça düzenlenmiş olması şartı getirilmiştir. Bu durumda mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbiri Anayasa m.35'e uygundur, zira bu maddede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA MÜSADERE VEMÜLKİYETİN
KAMUYA GEÇİRİLMESİ

III.1.Türk Ceza Kanununda Müsadere

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda müsadere eşya ve kazanç müsadere olarak 54. ve 55. maddelerde düzenlenmiştir.

***Madde 54 - (1)** İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükmolunur. Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşya, kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlâk açısından tehlikeli olması durumunda müsadere edilir.*

(2) Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın, ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkânsız kılınması hâlinde; bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir.

(3) Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.

(4) Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya, müsadere edilir.

(5) Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsaderesine karar verilir.

(6) Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suçta iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.

Madde 55 - (1) Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsaderesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.

(2) Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.

Bu maddelerde eşya ve kazanç müsaderesi her yönüyle düzenlenmiştir. Eşya ve kazanç müsaderesinin hangi durumlarda mümkün olduğu, müsaderenin hangi şekillerde yapılabileceği sayılmış, böylece eşya ve kazanç müsaderesi için genel sınırlar çizilmiştir.

765 sayılı TCK’nda müsadere ceza mahkûmiyetinin neticeleri ve tarzı icraları bölümünde düzenlendiğinden müsaderenin hukuki niteliği tartışmalıydı. Yeni Türk Ceza Kanunu’nda müsadere bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.

Yeni Türk Ceza Kanunu ile ilk kez müsaderede orantılılık ilkesi getirilmek suretiyle mecburi müsadere sistemi yumuşatılmıştır²⁴. TCK 54. maddesinin 3. fıkrasına göre “ Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suçta nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.”

²⁴ Orantılılık ilkesi AİHS Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı ve sınırlandırılması hususundaki AİHM İçtihatlarına da uygunluk arz etmektedir. Bu husus 4. bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

Burada söz konusu olan eşyanın müsaderesinin suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracak olmasıdır. Yoksa burada söz konusu eşya ile suçun maddi konusu arasında mekanik bir değer karşılaştırılması yapılması ve bunun sonucuna göre müsadere hususunda karar verilmesi istenmemektedir. Burada hakim suçun hukuki konusu, maddi konusu, toplumdaki etkisi, faile sağladığı yarar, mağdurda meydana getirdiği acı, failin kastının tezahürü gibi hususları birlikte değerlendirecek ve orantılılık hususunda bir karar verecektir (Öztürk ve Erdem, 2005: 303).

Müsadere artık sadece kasıtlı işlenen suçlarda söz konusudur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde bu husus öğretilerde tartışmalıydı. Ancak uygulamada Yargıtay taksirli suçlarda müsadere olamayacağı sadece kasıtlı suçlarda müsaderenin mümkün olacağını yerleşmiş içtihatlarıyla kabul etmekteydi.

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren TCK 54. maddesinin 2. fıkrasında “*Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka surette imkânsız kılınması halinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir*”

Yine TCK m.55/2 ile de “*müsadere konusu eşya veya maddi menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilemediği hallerde bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir.*” Şeklinde hüküm koymak suretiyle kaim değer müsaderesini mümkün hale getirmiştir. Örneğin: Suçta kullanılan otomobile herhangi bir şekilde el konulamamışsa, satılmış ya da ortadan kaybedilmişse artık mahkeme bu otomobilin değeri kadar paranın müsaderesine karar verebilecektir.

5237 sayılı TCK ile eşyanın kısmen müsaderesi ya da ortak mülkiyete konu bir eşya söz konusuysa bu durumda suça karışan kişinin payının müsaderesine hükmetmek mümkün hale getirilmiştir.

III.1.1.Eşya Müsaderesi

Eşya müsaderesi TCK m.54'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşya iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak üzere müsadere edilir. Yeni Türk Ceza Kanunu ile yapılan düzenleme karşısında eşya müsaderesini *“kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen veya suçtan meydana gelen veya kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması koşuluyla suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan eşyanın; bunların ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka bir surette imkansız hale gelmesi durumunda söz konusu eşyanın değeri kadar paranın, yahut; üretimi bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşyanın mülkiyetinin devlete geçmesi”* şeklinde tanımlamak mümkündür (Özbek, 2006: 593).

Tanımdan da anlaşılacağı üzere eşya müsaderesi suçla ilgili eşya ve başlı başına suç teşkil eden eşya olmak üzere iki ana bölümde düzenlenmiştir.

III.1.1.1.Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesi

Suçla ilgili eşyadan maksat müsadere edilecek eşyanın ya *suçun işlenmesinde kullanılan ya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen* yahut da *kamu güvenliği kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olması kaydıyla suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanan* eşya olmasıdır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus eşyanın bizatihi varlığından ayrık olmak üzere ortada bağımsız bir suçun ve suçla eşya arasında yukarıdaki sayılan türden bir ilişkinin bulunması gerekir. Ör: Kasten yaralama suçunda kullanılan bıçak.

III.1.1.1.1.Suçla İlgili Eşyanın Müsaderenin Şartları:

- **Bir Suç İşlenmelidir**

Birinci bölümde tanımlanan anlamda ortada bir suç olmalıdır. Yeni Türk Ceza Kanunu sisteminde esas alınan suç teorisinde suçun unsurları: 1.Maddi Unsurlar (Bir haksızlık olarak fiil, netice, nedensellik bağlantısı) 2. Manevi Unsurlar (Kast, taksir) 3. Hukuka aykırılık olarak belirlenmiştir. Bu sistemde kusurluluk suçun bir unsuru değildir. Kusurluluk, işlediği suç dolayısıyla fail hakkında bulunan değerlendirme yargısıdır (Özgenç, 2005: 194).

Bir suçun varlığından bahsetmek için her zaman suçun tamamlanmış olması aranmaz. Suçun en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olması yani icra hareketlerine başlanmış olması gerekir. Örneğin: Eve hırsızlık amacıyla girmek için kullanılan tornavida, çekiç vs. kişi kapı zorlama sırasında ve henüz eve girmeden yakalansa dahi müsadere edilecektir.

- **İşlenen Suç Kasıtlı Olmalıdır.**

Kast, failin gerçekleştirdiği davranışın neticesinin ne olduğunu bilmesi ve bu neticenin gerçekleşmesini istemesidir. Fail tabanca ile bir şahsın vücudunun üst bölgesine ateş etmesi durumunda şahsın öleceğini bilmekte ve hedefi vücudun üst bölgesi olarak seçmekle ölüm neticesini istemektedir.

İstemek, çoğu zaman doğrudan bir sonuca neden olma için hareket etmiş olmayı gerektirir. Ancak bazen kişi sonucu öngörmekle birlikte doğrudan doğruya istememiş olabilir. Örneğin: Bir kişinin korku yaratmak amacıyla bir meydana bomba bırakması olayında başka kişilerin öleceğini öngörmesi ancak bunu doğrudan doğruya istememesi gibi. Bu durumda failin gerçekleşme ihtimalini onayladığı (rıza gösterdiği) sonuçlar istenmiş sayılır. Örnekte olduğu gibi fail hangi sonuç meydana gelecek olursa

olsun ben bu bombayı patlatacağım demişse artık bu sonucu istemiş demektir. Fail neticeyi doğrudan doğruya istemekle birlikte, neticenin gerçekleşme ihtimali faili bu davranıştan vazgeçirmiyorsa (sonucu onaylıyor, sonuca rıza gösteriyorsa) bu durumda dolaylı kasttan söz edilir²⁵.

- **Bir Eşyanın Varlığı**

Hukuk anlamında eşya; *maddi varlığı olan, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, insan dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü nesnedir*. İnsan vücudu canlı iken eşya sayılmaz. Ancak insan vücudundan ayrılmış parçalar duruma göre eşya sayılabilir. Hukukumuzda hayvanlar canlı da olsalar eşyadır. Fikri haklar eşya sayılmamaktadır.²⁶ Para da bazı yazarlara göre eşya sayılmaz ve eşya müsaderesinin konusu olamaz, ancak kazanç müsaderesinin konusu olabilir. (Önder, 1994: 93; Özbek, 2006: 595) Kanaatimce para da bazı hallerde eşya sayılabilir. Örneğin: Bir kişiden 10.000 TL dolandırmak için o kişiye 200 Avro verilmesi ve 10.000 TL ve 200 Avronun suç esnasında ele geçirilmesi halinde mağdura ait olan 10.000 TL mağdura iade edilirken, ekonomik değeri olan ve suçun işlenmesinde kullanılan 200 Avronun müsaderesi söz konusu olacaktır. Bu durumda müsadere için hukuki gerekçe suçta kullanılma sebebine dayanacaktır. Buradaki müsadere iddia edildiği gibi kazanç müsaderesi olamaz. Zira 200 Avro failin suç sebebiyle elde ettiği değil suç işlemek için elinden çıkardığı yani suçta kullandığı eşya mahiyetindedir. Kullanılması başlı başına suç teşkil eden sahte para ise zaten bu haliyle tedavül ve satın alma değeri olmadığından para sayılamaz ve TCK m.54/4 anlamında kendisi suç teşkil eden bir eşyadır (Yerdelen, 2005).

²⁵ Dolaylı kast doktrinde değişik isimlerle anılabilmektedir. Weber Kastı, Muhtemel Kast

²⁶ Fikri haklar teecessüm ettirilemeyen (her zaman cismani varlık göstermeyen) şeylerdir.

- **Eşya İle Suç Arasında İlişki Olmalıdır**

Eşya, suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen bir eşya olmalıdır.

Suçun İşlenmesinde Kullanılan Eşya

Suçun işlenmesinde kullanılan eşya suçun icra hareketlerinin yapılmasına katkı sağlayan (Centel ve diğ. 2008: 767), suçun gerçekleştirilmesinde fiilen kullanılan nesnelere dir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'na göre suçta kullanılan eşya *“suçun işlenmesini kolaylaştıran bir harici vasıta dır ki bu vasıtanın cürümden vasut olan gaye ile münasebeti, mücerret suçun işlenmesinden beklenen neticenin elde edilmesine yardım etmiş olmaktan ibarettir”* (Sözür, 2003: 398).

Müsadere için o şeyin suçta kullanılmasının muhtemel olması yetmez, eşyanın suçta kullanıldığı nın sabit olması gerekir. Suçun işlenmesi veya hazırlanmasında bu eşyadan fiilen araç olarak yararlanılmış olmalıdır. Kullanma suç tamamlanıncaya kadar ya da suçun bitmesinden önce olmalıdır (Öztürk ve Erdem, 2005: 306). Bir suçun varlığından bahsedilmesi için en azında hazırlık hareketlerinin tamamlanmış, suçun icra hareketlerinden birinin de yapılmış olması gerekir. Hukuki anlamda suçun en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olması yani cezalandırılabilir bir eylemin varlığı şarttır. Örneğin: Bir binadan hırsızlık yapılması hususunda kapı açacak çilingir ya da tornavida satın alınması, evin civarına gelinmesi hazırlık hareketleri olduğu halde evin kapısının tornavida ile açmaya çalışılması icra hareketidir.

Suçun İşlenmesine Tahsis Edilen Eşya

Suçun işlenmesine tahsis edilen eşya kavramı Yeni Türk Ceza Kanunu' muza girmiş olup kanun metninde veya gerekçesinde tanımlanmamıştır.

Bir görüşe göre burada kastedilen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*cürümde ...kullanılmak üzere hazırlanan eşya*" ifadesinden başka bir şey değildir. Bu nedenle bu kavram Eski Ceza Kanunu dönemindeki doktrin ve uygulamaya göre belirlenmelidir (Hafizoğulları, 2003) Diğer bir görüşe göre ise suça tahsis edilmiş eşyadan icra hareketleri sırasında kullanılmamakla birlikte suçun işlenmesini kolaylaştıran eşya anlaşılmalıdır. Örneğin: Suç yerine gidilen araç (Centel ve diğ. 2008: 767).

Özgenç, tahsiste devamlılığın olduğu bu nedenle (Örneğin: suç işlemek için kurulmuş örgütün işlerine tahsis edilmiş eşya) bu tip eşya sayılacağını savunmaktadır. Ancak bu durumda bu hüküm sadece devamlılık gösteren örgüt suçlarında uygulanabilir. Oysa suça tahsis edilen eşya suçun işlenmesinden önce veya sonra kullanılmış olabilir. Bir kişiyi öldürmek için pusu kurmak için olay mahalline gidilen araç bu tip eşyadır (Bakıcı, 2007: 1059).

Bu açıklamalar ışığında tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış bir suçta, suçun işlenmesinde kullanılan eşya dışında kalan ve fakat suçun işlenmesini kolaylaştıran veya suçun işlenmesine yarayışlı olan eşya suçun işlenmesine tahsis edilen eşyadır (Gedik, 2007: 123).

Suçtan Meydana Gelen Eşya

Suçun işlenmesinden elde edilen şeylerle, eşya müsaderesine konu olan ve suçtan meydana gelen şeyler benzerlik gösterir ancak birbirinden farklıdır. Bir eşyanın suçtan meydana geldiğinin kabul edilmesi için suç tipinde belirtilmiş olan unsurların gerçekleştirilmesinden husule gelmesi ve bunun doğrudan doğruya ortaya çıkardığı eşya olması gerekir. Burada önemli olan suç teşkil eden fiil ile birlikte ve doğrudan doğruya meydana gelmiş olmasıdır. Yani bu eşya suçun işlenmesiyle birlikte

var olmaktadır. En tipik örneği sahte para veya sahte belgenin üretilmesidir. Buna karşılık doğrudan doğruya suçun işlenmesinden kaynaklanmayan ancak suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilen şeyler eşya müsaderesine değil kazanç müsaderesine konu olabilecektir. Örneğin: Çalınan ya da uyuşturucu ticaretiyle elde edilen para (Sözür, 2003: 403; Önder, 1994: 96).

Suçta Kullanılmak Üzere Hazırlanan Eşya

Söz konusu eşya henüz suçta kullanılmamıştır. Diğer hallerin tümünden farklı olan henüz cezalandırmayı gerektirecek teşebbüs aşamasına gelmiş bir suçun da olmamasıdır. Eşya TCK m.54/4 fıkra kapsamına da girmemektedir. Yani eşyanın varlığı da başlı başına suç oluşturmamaktadır. Burada istisnai bir hüküm ortaya konmuştur. Zira suçla alakası bakımından değerlendirildiğinde bu eşyanın müsadere edilmemesi gerekir. Fakat bu özel hüküm gereği eşya müsadereye konu olmaktadır. Ancak bunun için de eşyanın o haliyle *kamu güvenliği, kamu sağlığı veya genel ahlak* açısından tehlikeli olması gerekmektedir. Örneğin:Kasten öldürme suçunun hazırlık hareketi olarak hazırlanmış olan ruhsatsız silah varlığı suç oluşturduğundan müsadere edilecek (suçun icra hareketlerine başlanmadığından suçta teşebbüs söz konusu olmadığı halde) ancak öldürme suçu için hazırlanmış olan zehir kamu sağlığı sebebiyle müsadere edilebilecektir. Burada hazırlık hareketleri bakımından bir ispat sorunu karşımıza çıkabilir. Çünkü zehrin bir kişiyi öldürmek için hazırlanmış olduğunu belirlemek her zaman mümkün olmaz (Kamer, 2007: 337).

• Eşya İyi Niyetli Üçüncü Kişilere Ait Olmamalıdır

Kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine bu eşyalar iyi niyetli kişilere ait değilse hükmedilebilecektir.

Kanunun eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamak şeklinde olumsuz ifade şeklini seçmesinin sebebi eşyanın kime ait olduğunun kanıtlanması sınırını daraltmak olarak izah edilmektedir. Buna göre müsadere için eşyanın iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmamasını yeterli saymıştır. Eşyanın suçluya ait olduğunun ispatlanmasına gerek yoktur (Erem, 1995: 389). Kişinin suçun işlenmesine iştirak etmemesi, suçun işlenişinden haberdar olmaması durumunda, sahibi bulunduğu eşya bir suçun işlenmesinde kullanılmış olsa bile, müsadereye hükmedilemeyecektir²⁷.

Buradaki iyi niyetin teknik anlamda kullanıldığı ve Medeni Kanun 3. madde hükmü çerçevesinde anlaşılması gerektiği; aksi ispatlanıncaya kadar eşya kendisine ait olan şahsın iyi netinin korunacağı; kendisinden beklenen özeni göstermeyen kişinin iyi niyet iddiasında bulunamayacağını savunan görüş sahipleri vardır (Parlar ve Hatipoğlu, 2007: 496).

Kanaatimizce buradaki iyi niyet Medeni Kanun anlamındaki iyi niyet değildir. Yani suça iştirak etmeyen, eşyanın suçta kullanıldığını bilmeyen -haberdar olmayan- kişi iyi niyetlidir. Örneğin: Aracını kendi rızasıyla arkadaşına veren birinin, arkadaşının bu araçla kasıtlı bir suç işlemesi halinde bu kişinin gerekli dikkat ve özeni gösterseydi eşyayı verdiği arkadaşının suç işleyeceğini anlayabilirdi, gibi bir yaklaşımla aracın müsaderesine karar verilemez.

TCK 55. maddeye “Bu madde kapsamına giren eşyanın müsadere edilebilmesi için, eşyayı sonradan iktisap eden kişinin 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun iyi niyetin korunmasına ilişkin hükümlerinden yararlanmıyor olması gerekir.” şeklinde bir fıkra eklenmiştir²⁸.

²⁷ 5237 sayılı TCK 54. madde gerekçesi

²⁸ 26.6.2009 tarihli 5918 sayılı TCK ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair kanunun 2. maddesi ile eklenmiştir.

Bu madde ile iyi niyet hususunda Medeni Kanun referans alınmış ise de bu sadece kazanç müsadere için ve suçtan elde edilen kazancın herhangi bir şekilde elden çıkarılması halinde bunu iktisap eden kişinin iyi niyetli olması halinde bu kazanımının korunacağı yönünde bir hükümdür. Burada eşyayı iktisap eden kişi söz konusu suça tamamen yabancı olup, suçla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi gerekli dikkat ve özeni gösterseydi o kazancın suçtan hâsıl olduğunu bilebilecek durumda olması müsadere için yeterlidir.

Eski Ceza Kanunu döneminde Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında “*Eşyanın müsadere edilebilmesi için suçu işleyene ait olması; eşya başkasına ait ise de o kişinin eşyanın suçta kullanılmasında rızası veya bilgisinin bulunması gerekir.*” Demektedir. Eski Ceza Kanunu m.36/1’de iyi niyet yerine “*füilde methali olmayan kimselere ait olmamak*“ şeklinde bir sınırlama söz konusuydu²⁹.

Suçun işlenmesinde kullanılmak üzere hazırlanmış ve kamu güvenliği kamu sağlığı veya genel ahlak açısından tehlikeli olan eşyanın müsadere söz konusu ise bu durumda eşyanın kime ait olduğu hususunun önemi yoktur. Eşya kime ait olursa olsun müsadere edilecektir. Zira Kanun iyi niyetli üçüncü kişilere ait olmama hususunu sadece suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsadere has olarak düzenlemiştir (Özgenç, 2005: 696).

Buradaki düzenleme müsadere müessesesinin amacına da uygundur. Müsaderenin amacı; eşyanın failin elinde kalmasının failin ileride suç işleme olasılığını arttırabileceği, bu nedenle suçla ilgili olan ve failin elinde olan eşyanın failden uzaklaştırılması ve toplumsal korunmanın bu şekilde sağlanmasıdır (Aydın, 2009: 152; Erem ve diğ. 1997: 910).

²⁹ YCGK 17.6.2003 tarih ve 2003/ 6-176 sayılı kararı

Eşyanın, mağdur veya suçtan zarar görene ait olması durumunda müsadere edilmesi zaten mümkün değildir. Konuyu somut bir örnekle açıklamak gerekirse; uygulamada çok sık rastlandığı üzere, bir kişiyi kaçırmak maksadıyla arabasını arkadaşına veren şahsın durumu, fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak şeklinde suça iştirak –yardım eden- hususunu oluşturur. Bu durumda arabayı veren kişi suç ortağı olduğundan araba müsadere edilecektir. Buna karşılık bir kişinin arabasını arkadaşına gezmesi için vermesi ve fakat arkadaşının bu araba ile bir kişiyi kaçırmaması halinde ikili bir ayırım yapmak gerekir. Eğer arabayı veren kişi, arkadaşının arabayı bir kişiyi kaçırmak suçunda kullanacağından, arabayı arkadaşına verdikten sonra haberdar olmuşsa, bu durumda arabanın müsaderesi söz konusu olacaktır. Ancak arabayı verdikten sonra da bu durumdan haberdar değilse arabanın müsaderesi mümkün değildir (Gedik, 2007: 145).

- **Orantılılık**

Suçun işlenmesinde kullanılan eşyanın müsadere edilmesi halinde bu müeyyideyle, fiilin ifa ettiği haksızlık muhtevası arasında makul bir oranın bulunması orantılılık ilkesinin gereğidir (Özgenç, 2005: 695).

Yeni TCK m. 3/1 e göre “*suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.*” Bu hüküm ceza hukukunun tamamında geçerli olan orantılılık ilkesini düzenlemektedir. Bu husus doğal olarak müsadere için de geçerlidir. Ancak TCK bununla da yetinmeyerek müsaderede orantılılık kuralını ayrıca düzenlemiştir. TCK 54. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükmedilmeyebilir.*”

Burada söz konusu olan eşyanın müsadere konusunun suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracak olmasıdır. Yoksa burada söz konusu eşya ile suçun maddi konusu arasında mekanik bir değer karşılaştırılması yapılması ve bunun sonucuna göre müsadere hususunda karar verilmesi istenmemektedir. Buna göre hakim, suçun hukuki konusu, maddi konusu, toplumdaki etkisi, faile sağladığı yarar, mağdurda meydana getirdiği acı, failin kastının tezahürü gibi hususları birlikte değerlendirecek ve orantılılık hususunda bir karar verecektir. Burada hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır. Müsaderenin suça nazaran daha ağır sonuç doğurmaması ve hakkaniyete aykırı olmaması hususunu değerlendirecek ve ona göre bir karar verecektir (Mahmutoglu ve Ünver, 2000: 26).

Alman Ceza Kanunu m. 74b'ye göre müsadere kararını verecek mahkeme bu yaptırımın işlenen suçun önemi, suça iştirak edenlerin veya benzeri müsadere üçüncü kişilerin kusurlarının ağırlığı ya da müsadere konusunun tehlikeliliği karşısında açık orantısızlık gösterip göstermediğini araştırmakla yükümlüdür. Bu araştırmada mahkeme somut olayda müsaderenin orantısız olacağı kanısına varırsa, kanunda öngörülen iki seçenektan birine hükmedebilecektir. Müsadere hükmünü vermekten tamamen sarfınazar edebileceği gibi, müsadere ile varılmak istenen amaca başka bir yaptırımla da ulaşabilmek mümkün ise müsadere yerine bu yaptırıma hükmedebilecektir. Yine mahkeme müsadere konusu eşya hakkında yapılacak işlemlerin, muhakeme ekonomisi bakımından çok ağır bir yük getireceği kanısına varırsa yine müsadere kararı vermeyebilecektir (Sözuer, 2003: 402).

- **Ceza Mahkûmiyeti Zorunlu Değildir**

765 Sayılı TCK m.36/1 müsaderenin söz konusu olması için mutlak surette bir ceza mahkûmiyetinin varlığını şart koşuyordu. Bu durum uygulamada yaş

küçüklüğü, akıl hastalığı vb. sebeplerle ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi yahut durma, düşme, ret, beraat kararı verilmesi halinde müsadereye hükmedilip edilmeyeceği hususu tereddüde sebep olmaktaydı. Yargıtay önceleri bu durumda müsadere kararı verilemeyeceği görüşünde iken daha sonraki tarihli kararlarında müsadere kararının ceza değil tedbir olduğuna vurgu yaparak mahkûmiyet dışındaki kararların verilmesi halinde de müsadereye hükmolunabileceğini kabul etmiştir (Yılmaz, 2003: 53).

Yeni TCK müsadere için mahkûmiyet şartını ortadan kaldırarak bu tartışmaları bir anlamda bitirmiştir. TCK m.54'te sayılan şartlar arasında mahkûmiyet hükmü bulunmadığı gibi kanunun sistematigi içerisinde müsadere açıkça güvenlik tedbirleri bölümünde sayılarak bu husus ortaya konulmuştur. Örneğin: Bir akıl hastasının bıçakla birini yaralaması durumunda akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilse bile suçta kullanılan bıçağın müsadere hükmüyle cezalandırılacaktır (Arslan ve Azizoglu, 2004: 220).

III.1.1.2.Suç Teşkil Eden Eşyanın Müsaderesi

Yeni Türk Ceza Kanunu'nun m.54/4 maddesi "*Üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım satımı suç oluşturan eşya müsadere edilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm tam anlamıyla 765 sayılı TCK m. 36/2'nin karşılığı sayılır.

Eşyanın kendisi –varlığı- başlı başına suç oluşturabileceği gibi, üretimi, kullanılması, alım satımı suç oluşturabilir. Bu tür eşya, maddede sayılan faaliyetlerden veya diğer suçlardan bağımsız olarak kanundan ötürü müsadereye tabidir. Örneğin: Ruhsat süresinin dolmasına rağmen ruhsatı yenilenmeyen, sahibi tarafından süresinde kolluğa teslim edilen 6136 sayılı Kanuna tabi tabancanın müsaderesi bu şekildedir. Bu

şekilde müsadereye tabi olan eşyalar; uyuşturucu maddeler, yasak silahlar, sahte paralar sayılabilir.

Suç teşkil eden eşyanın müsaderesi, mutlak ve objektif bir suçluluk teşkil etmesi nedeniyledir. Mutlak ve objektif suçluluk, eşyanın kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması ceza tehdidi altında kesin surette yasaklanmış olmakla meydana gelir. Kanun bu çeşit eşya ile fail arasında artık aidiyet şartını da aramamaktadır ve bunların faile ait olmasa bile müsaderesini emretmektedir (Erem ve diğ. 1997: 912).

Suç teşkil eden eşyanın müsaderesi hususunun bir güvenlik tedbiri olduğu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükte iken de öğreti ve içtihatlarla kabul edilmiştir. Yeni Türk Ceza Kanunu için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Çünkü burada müsadere sadece eşyanın tehlikeliliğine bağlanmış durumdadır. Suçla ilgisi eşyanın bizzat kendisidir.

Bir suçun işlenmesine vasıta olmak bakımından bulundurulması, imal edilmesi, ithal ve ihraç olunması, satılması ve satın alınması tehlikeli olan eşya söz konusu olup, bu eşya üzerinde özel mülkiyet tesis edilmesi, bir suçun işlenmesi bakımından her zaman tehlikeli görülür. İşte bu tehlikeli eşya bir güvenlik tedbiri olmak üzere müsadere edilir (Erman, 1976: 246).

Sahibi kim olursa olsun suç teşkil eden eşya mutlaka müsadere olunur. Bu nitelikteki bir eşyanın herhangi bir suç failine ait olması aranmaz. Suç teşkil eden eşyanın müsaderesi için bir ceza ile mahkûmiyete gerek yoktur. Suç faili herhangi bir sebeple cezalandırılmasa dahi eşya müsadere edilecektir. Burada eşyanın müsaderesinin suçla orantılı olup olmamsının da önemi yoktur.

Alman Hukuku'nda bir eşyanın tehlikelilik göstermesi nedeniyle müsadere edilebilmesinin koşulları Alman Ceza Kanunu (StGB) m. 74/2/2 de düzenlenmiştir. Burada müsadere tehlikeye karşı koyma amacıyla uygulandığı için güvenlik tedbiri niteliğinde olup, eşyanın müsaderesi bakımından mülkiyetin kime ait olduğu bir önem taşımamakta ve bu nedenle doktrinde buna ayırmsız müsadere (unterschiedlose Einziehung) denmektedir. Güvenlik tedbiri niteliğindeki bu müsadereye hükmederken işlenen eylemin hukuka aykırı olması yeterli olup, eylemin kusurlu bir biçimde işlenmesi gerekli değildir (Sözür, 2003: 401).

III.1.1.3.Ortak Mülkiyete Konu Eşyanın Müsaderesi

Müsadere edilecek eşya üzerinde birden fazla kişinin müşterek veya iştirak halinde mülkiyeti söz konusu olabilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükte iken bu husus doktrinde tartışmalıydı. Zira 765 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 36 müsadere için “*fiilde methali bulunmayanlara ait olmamak üzere*” şartını içeriyordu. Bir kısım yazarlar bu tip eşyanın müsaderesi için tüm maliklerin suça katılmış olması şartını ararken bazı yazarlar maliklerden birinin suça katılmış olmasını yeterli görmekteydi (Önder, 1994: 94).

Yargıtay; müşterek mülkiyetin söz konusu olduğu durumlarda, sanığın hissesinin müsaderesi yoluna gidileceği kararını vermiştir³⁰.

5237 sayılı TCK m. 54/6 “Birden fazla kişinin paydaş olduğu eşya ile ilgili olarak, sadece suça iştirak eden kişinin payının müsaderesine hükmolunur.” Şeklindeki düzenleme karşısında artık maliklerden birinin suça katılması durumunda iştirak halinde ya da müşterek mülkiyet olması fark etmeksizin bu kişinin eşyadaki payı müsadere edilecektir.

³⁰ YCGK 25.4.1983 tarih ve 92/191 sayılı kararı

III.1.1.4.Kısmi Müsadere

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 54/5 “*Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadere edildiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadere edilmesine karar verilir.*” Eski TCK zamanında bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da uygulamada Yargıtay kısmi müsadereyi mümkün olduğunu kabul etmişti. Örneğin: Bir filmin sadece müstehcen sahnelerinin³¹, sahte vizeli pasaportun sadece vize kısmının³², müsadere edilebileceğine hükmetmiştir.

III.1.2.Kazanç Müsadere

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 55 - (1) *Suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançların müsadere edilmesine karar verilir. Bu fıkra hükmüne göre müsadere kararı verilebilmesi için maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekir.*

(2) *Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere elkonulmadığı veya bunların merciiine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsadere edilmesine hükmedilir.*

765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kazanç müsadere ile ilgili bir hüküm mevcut değildi. Suç sebebiyle elde edilen kazançların müsadere edilip edilmeyeceği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttu³³.

Kazanç müsadere düzenlenmesiyle birlikte ceza hukuku vasıtasıyla el uzatılabilecek malvarlığının kapsamı genişletilmiştir. Zira Yeni Türk Ceza Sistemi’nde suç bir kazanç elde etme kaynağı olamaz ve suçtan elde edilen gelir, kişinin yanında kar

³¹ 5. CD 9.12.1981 3856/3700 sayılı kararı

³² 6. CD 7.5.1992 3018/3770 sayılı kararı

³³ Bu konuda öğretide ileri sürülen görüşler ve uygulama için bkz. Gedik Müsadere s. 71 vd.

olarak kalamaz. Bu sebeple ekonomik çıkar amacına yönelik olarak işlenen suçun işlenmesi suretiyle veya dolayısıyla elde edilen gelirin müsaderesi cihetine gidilecektir (Özgenç, 2005: 698).

Bu amaçla getirilen kazanç müsaderesi; kara para aklama, uyuşturucu ticareti, dolandırıcılık, kaçakçılık gibi ekonomik çıkar sağlamak amacıyla işlenen suçlara karşı mücadele hususunda etkin bir yaptırım olarak ortaya çıkmıştır.

Alman Ceza Hukuku'nda suç sebebiyle elde edilen maddi kazançların müsaderesi Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 73-73d maddeleri arasına Verfall başlığıyla ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Kazanç müsaderesi ile diğer müsadere türlerinden farklı bir amaç güdüldüğünden, kazanç müsaderesi diğerlerinden farklı bir hukuki nitelik ve koşullara bağlanmaktadır. Kazanç müsaderesiyle güdülen asıl amaç, failin hukuka aykırı bir şekilde elde ettiği ekonomik avantajlar yoluyla haksız bir biçimde zenginleşerek genel ekonomiye verdiği zararın giderilmesidir (Sözüer, 2003: 403).

III.1.2.1.Kazanç Müsaderesinin Şartları

Eşya müsaderesinde işlenen suçun nitelikleri ile ilgili açıklamalar aynen burada da geçerlidir. Bir suç işlenmiş olmalı ve bu suçun mutlaka kasıtlı işlenmiş bir suç olması gerekir. Eşya müsaderesinin şartlarından ayrılan husus burada müsadere edilecek şeyin niteliğidir. Zira burada müsadereye konu olan şey, eşya, para olabileceği gibi ekonomik değeri olan her türlü maddi menfaat ve bu değerlerin dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkmış olan ekonomik kazançlar da olabilir (Artuk ve diğ. 2007: 469).

Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatler; kumar, uyuşturucu ticareti, kaçakçılık vs. gibi suçlar sebebiyle elde edilen menfaatlerdir. Bunlar aynı zamanda suçun konusunu da oluşturabilir. Örneğin: Hırsızlık sonucu elde edilen malvarlığı

değeri hem suçtan elde edilen kazanç hem de suçun konusudur. Bir eşyanın suçtan meydana geldiğini kabul etmek için suçtan önce ortada olmadığı halde, suç tipinde belirtilen unsurların gerçekleştirilmesinden husule gelmesi ve bunun doğrudan doğruya ortaya çıkardığı eşya olması gerekir. Örneğin: Sahte para. Suç işlenmesiyle elde edilen eşya ise suçtan önce vardır, suç, bu eşyanın sadece el değiştirmesinde araç durumundadır. Örneğin; Çalıntı oto (Önder, 1994: 96; Sözüer ve diğ. 2002: 404)

Suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler de kazanç müsaderesinin konusunu oluşturur. Bu menfaatin suçun işlenmesinden önce ya da sonra faile sağlanmış olmasının önemi yoktur müsadere edilecektir (Özgenç, 2005: 700).

Suçun konusunu oluşturan maddi menfaatler de kazanç müsaderesine tabi olacaktır. Örneğin: Hırsızlık suçunda suçun maddi konusunu oluşturan ekonomik değer. Suçun işlenmesi ile elde edilen menfaatler, suçun işlenmesi için sağlanan maddi menfaatler ve suçun konusunu oluşturan maddi menfaatlerin değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlar da müsadereye tabidirler. Burada mağdura iade hususunu göz önünde bulundurmak gerekir. Zira müsaderenin bir şartı da maddi menfaatlerin suçun mağduruna veya iyi niyetli üçüncü kişiye ait olmamasıdır. Aksi halde bu menfaatler bu kişilere iade edilecektir.

III.1.3.Kaim Değer Müsaderesi

TCK 54. maddesinin 2. fıkrasında “ *Birinci fıkra kapsamına giren eşyanın ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka surette imkânsız kılınması halinde bu eşyanın değeri kadar para tutarının müsaderesine karar verilir*”

TCK m.55/2’de *Müsadere konusu eşya veya maddî menfaatlere el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir*³⁴.

Yeni Türk Ceza Kanunu’na göre niteliği tespit olunan ancak ortadan kaldırılması, elden çıkarılması, tüketilmesi veya müsaderesinin başka surette imkânsız kılınması halinde bu eşyanın yerine geçen değerde bir paranın müsaderesine hükmedilecektir. Burada bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Hakim duruma göre eşyanın niteliğini belirleyecek, bunun değeri kadar para tutarının müsaderesine hükmedecektir.

Kazanç müsaderesi yönünden de suçun işlenmesi ile elde edilen veya suçun konusunu oluşturan ya da suçun işlenmesi için sağlanan maddî menfaatler ile bunların değerlendirilmesi veya dönüştürülmesi sonucu ortaya çıkan ekonomik kazançlara el konulamadığı veya bunların merciine teslim edilmediği hâllerde, bunların karşılığını oluşturan değerlerin müsaderesine hükmedilir (Bakıcı, 2007: 1115).

III.2.Kabahatler Kanununda Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi

Her ne kadar yeni bir kavram ise de Kabahatler Kanunu’nda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının tanımı yer almamıştır³⁵. Kabahatler Kanunu’nun 18. maddesi başta olmak üzere Kanun’un bütününcü incelenmesinden kavramın; *“kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın kanunda açık hüküm*

³⁴ 765 Sayılı Türk Ceza Kanununda bulunmayan bu hükümler ilk kez 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 1.6.2005 tarihinde ceza hukukumuzda girmiştir. Eski kanun zamanında öğretide suçla ilgili eşyanın yerine kaim olan şeyin veya muadil ya da mukabil değerinin müsaderesine karar verilemeyeceği kabul edilmekteydi.

³⁵ 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 13/03/2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi hukuk sistemimize dâhil edilmiştir.

bulunan hallerde idari bir kararla ilgilinin elinden alınarak devlete mal edilmesi” olarak tanımlanması mümkün olabilecektir (Güçlü, 2008: 168).

Müsadere; sadece Türk Ceza Kanunu’nda değil, suç ihdas eden başkaca kanunlarda da yer almıştır. Niteliği gereği müsadere kararı, suçla ilgili yargılamayı yapan ceza mahkemesince verilirken Kabahatler Kanunu ile getirilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımına karar verecek merciler genellikle kanunla yetkili kılınmış idari mercilerdir. Cumhuriyet savcıları veya mahkemeler tarafından da mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmesi mümkün ise de bu karar yargısal değil idari bir karardır (Mahmutoğlu, 1995: 153; Çağlayan, 2007: 59).

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin genel hükümler Kabahatler Kanunu’nda yer almakla birlikte somut yaptırım olarak öncesinde sadece Kanunun “Çeşitli Kabahatler” başlıklı ikinci kısmında 33. maddede tanımlanan dilencilikten dolayı elde edilen gelirlerin ve 34. maddede tanımlanan kumardan elde edilen gelirlerin mülkiyetinin kamuya geçirilmesi öngörülmüştü. Dolayısıyla çok fazla bir uygulama alanı bulunmadığı için ve öngörüldüğü maddelerde sadece paranın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi söz konusu olduğundan bu yeni yaptırım türü fazla tartışılmamaktaydı³⁶. Bu çerçevede; 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun Ek 6, 1705 sayılı Ticarete Tağşişin Men’i Hakkında Kanunun 6, 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun’un Ek 1, 2527 sayılı Basma Yazı ve Resimleri Derleme Kanunu’nun 10, 3284 sayılı Bazı Maden Hurdalarının Dışarı Çıkarılmasının Yasak Edilmesi ve Satın Alınması Hakkında Kanun’un 7, 6197 sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun’un 169, 6968 sayılı

³⁶ 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda Ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hemen hemen bütün kanunlarda yer alan idari yaptırımlar yeniden düzenlenmiştir.

Zirai Mücadele Kanunu'nun 48, 52, 53,58 ve 59, 2090 sayılı Tabii Afetlerden Zarar Gören Çiftçilere Yapılacak Yardımlar Hakkında Kanunun 9, 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler Hakkında Kanun'un 13, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 29, 3516 sayılı Ölçüler ve Ayar Kanunu'nun 15, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 28, 5179 sayılı Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair KHK 29. maddelerinde yer alan kabahatlerin karşılığında mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını öngörmüştür.

Kabahatler Kanunu'nun 06/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanununun 31. maddesiyle yeniden düzenlenen 3. maddesinde, Kanun'un; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde; diğer genel hükümlerinin ise idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükmü getirilmiştir. Bu hüküm çerçevesinde, kanunlarda yer alan mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının verilmesi, yerine getirilmesi ve kanunda özel bir düzenleme olmaması halinde başvuru yolları hususunda Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerine göre hareket edilecektir.

Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinin 1. fıkrasında kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımların idari para cezası ve diğer idari tedbirlerden ibaret olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise idari tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer idari tedbirler olarak sayılmıştır.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin hükümler ise Kanun'un 18. maddesinde yer almıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre mülkiyeti kamuya geçirilebilecek eşya, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen

eşyadır. Bu iki niteliği taşımayan eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi söz konusu olamayacaktır.

III.2.1.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Şartları

- **Bir Eşya Söz Konusu Olmalıdır**

Hukuk anlamında eşya; maddi varlığı olan, üzerinde hâkimiyet kurulabilen, insan dışı, ekonomik değer taşıyan her türlü nesnedir. Hukukumuzda hayvanlar canlı da olsalar eşyadır. Fikri haklar eşya sayılmamaktadır. Para da bir kısım yazarlara göre eşya sayılmaz. Kanaatimce para da bazı hallerde eşya sayılabilir

- **Eşya Kabahatin Konusunu Oluşturmalı Veya Kabahatin İşlenmesi Suretiyle Elde Edilmiş Olmalıdır**

Eşyanın, kabahatin bizzat konusunu oluşturmasına örnek olarak; genel düzenleyici idari işlem ile ithali yasaklanan eşyayı ithal etmek, ya da ithali lisansa, şarta, izne, kısıntıya bağlı eşyayı aldatici işlem ve davranışlarla ithal etmek, Kaçakçılık Kanunu'nda kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu kabahatlerin işlenmesi halinde mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine karar verileceği de Kaçakçılık Kanunu 14/1. maddesinde düzenlenmiştir. Burada kabahatin konusunu oluşturan eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi söz konusudur.

Kabahatler Kanunu m.33'teki dilencilik ve 34'teki kumar eylemlerinde dilencilikten ve kumardan elde edilen paraların mülkiyetinin kamuya geçirileceği hususu düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan da kabahatin işlenmesi suretiyle elde edilmiş eşyadır.

- **Bu Hususta Kanunda Açık Hüküm Bulunmalıdır**

Kabahatler Kanunu 18. maddesine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmesi için ilgili kanunda bu hususun açıkça düzenlenmiş olması gerekir.

Kabahatler Kanunu'nda sadece 33. ve 34. maddelerde mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine karar verilebileceği yazılıdır. Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş olan diğer kabahatler açısından mülkiyetin kamuya geçirilmesi söz konusu olamayacaktır. Diğer kanunlarda yer alan kabahatler açısından da o kanunda mülkiyetin kamuya geçirilmesinin açıkça düzenlenmiş olması gereklidir.

- **Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesine Karar Verilmesi İçin İdari Para Cezası Verilmiş Olması Şart Değildir**

Eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilebilmesi için fail hakkında idari para cezası veya başka bir idari yaptırım kararı verilmesi şart değildir (Yurtcan, 2005:122).

Kabahatler Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında ve akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanamazken, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşya bu kişilerin elinde olsa da mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilebilecektir. Çünkü 11. maddedeki muafiyet hükmü sadece idari para cezaları ile ilgilidir (Güçlü, 2008: 95).

Ortada bir kabahat var ve kanunda yer alan diğer nedenlerden dolayı idari para cezası uygulanamıyorsa koşulları oluşmuşsa mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilebilecektir.

III.2.2.Kaim Değerin Mülkiyetinin Kamuya Geçirilmesi

Eşyanın yerine, kaim değer mülkiyetinin kamuya geçirilmesine de karar verilebilir. Yani mülkiyetin kamuya geçirilmesine konu eşyanın harcama, tüketme imha

vb. şekilde mülkiyetinin kamuya geçirilmesi imkânsız olmuşsa, karşılığı parasal değer için bu yönde karar verilebilecektir. 18. maddenin yedinci fıkrası gereğince mülkiyeti kamuya geçirilen eşya, başka suretle değerlendirilmesi mümkün olmazsa imha edilecektir. Fıkranın yazımından mülkiyeti kamuya geçirilen eşyanın öncelikle başka suretle değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin araştırılması gerekeceği anlaşılmaktadır. Tabiidir ki başka türlü değerlendirme işleminin mevzuat çerçevesinde gerçekleştirilmesi zorunludur (Yılmaz, 2005: 72).

Kanunda mülkiyeti kamuya geçirilecek eşyaların saklama ve imha masrafları ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Kanımca mülkiyeti kamuya geçirilen eşyaların karar kesinleşene kadar saklama masrafları ile imhasına gidilirse imha masraflarının da failden tahsili gerekir. Çünkü bilindiği üzere özellikle çevre kirliliğine yol açan bazı maddelerin imhası da büyük masrafları gerektirmektedir. Kabahati işleyen failin ise işlediği fiilden dolayı doğacak zararları ve masrafları karşılaması gerekir (Yalçın, 2007: 89).

III.2.3.Eşyaya Elkoyma Ve Muhafazası

Kabahatler Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrasında mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmeden önce kamu görevlileri tarafından eşya üzerinde kısa süreli elkoyma tedbirine başvurma imkânı öngörülmüştür. Buna göre “*mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından eşyaya el konulabileceği gibi eşya kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.*” Buradaki elkoymanın Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki elkoymadan farkı, benzerliği ve tabii olduğu hükümler Kabahatler Kanunu’nda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Halbuki Ceza Muhakemesi Kanunu’nda elkoyma tedbiri hâkim kararına bağlanmıştır. Kabahatler açısından da buna benzer bir düzenleme gerekir. Zira henüz bir karar

olmadan kişi mülkiyetine müdahale niteliğindeki elkoyma tedbirine zabıta tarafından başvurulması uygulamada sakıncalar ortaya çıkarmaya adaydır (Çağlayan, 2007:167).

III.2.4.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesinin Geciktirilmesi

Özel kanunda bir kabahatin karşılığında mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngörölmüş olsa bile Kabahatler Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasındaki hususlar gereğince mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin kararın geciktirilmesi ve şartların tahakkuku halinde uygulanmaması yönünde idareye takdir hakkı tanınmıştır.

KK'nun 18. maddesinin ikinci fıkrasında *“Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, eşyanın; a) Kullanılmaz hale getirilmesi, b) Niteliğinin değıştirilmesi, c) Ancak belli bir surette kullanılması, koşullarından birinin yerine getirilmesine bağılı olarak belli bir süre geciktirilebilir. Belirlenen süre zarfında koşulun yerine getirilmemesi halinde eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine karar verilir.”* denilmiştir (Gedik, 2008: 123).

Düzenlemeye göre, mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmeden önce, şartları oluşmuşsa, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı geciktirilebilecektir. Her ne kadar “geciktirilebilir” ifadesi kullanılmışsa da yaptırım kararı verecek merciin, öncelikle bu hususların mümkün olup olmadığını araştırarak kararını ona göre vermesi faydalı olacaktır. Zira bu şekilde istenilen amaca ulaşılabiliriyorsa ayrıca mülkiyetin kamuya geçirilmesine gerek kalmayacaktır³⁷.

Bu husus daha çok kamu tüketimine sunulması mümkün olmayan, toplatılan veya toplatılması gereken içeriğı hatalı ürünler ve diğere şeyler düşünülerek konulmuştur. Örneğın: Tüketime uygun olmayan bir gıdanın bu nedenle mülkiyetinin

³⁷ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 18. madde gerekçesi

kamuya geçirilmesine karar verilmesi gerekiyorsa, fail kendisi bunu imha edebilecekse, tüketime sunulabilir başka bir mamule dönüştürebilecekse, mülkiyeti kamuya geçirilmeyecektir. Ekonomik değer ifade eden, kabahat sonucu elde edilen eşyanın veya kaim değerinin ikinci fıkraya göre değerlendirilmesi, yaptırımdan beklenen caydırıcılığın ortadan kalkmasına neden olacak ve düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacaktır. Örneğin: Kumar ya da dilencilik sonucunda kazanılmış para veya sair eşyanın bu fıkra hükümlerince mülkiyetinin kamuya geçirilmesinden vazgeçilmesi söz konusu olmasa gerektir (Güçlü, 2008: 93).

Bu karar verilirken kabahat fiilini işleyenlerin iyi niyetinin de sorgulanması gerekecektir. Yani failin, kabahatin oluşmasındaki kusurunun da değerlendirilmesi gereklidir. Kabahatler hukukunda, ceza hukukundan farklı olarak yaptırım uygulanabilmesi için fiilin kasten mi yoksa taksirle mi işlendiğinin bir önemi yoktur. Ancak mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı öngörülen kabahatlerde, yukarıda zikredilen kabahatle ilgili eşyanın, sahibi tarafından kullanılmaz hale getirilmesi veya niteliğinin değiştirilmesi veya ancak belli bir surette kullanılması koşullarıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının uygulanmasından vazgeçilmesinde failin kasıt veya kusurunun ağırlığının göz önünde bulundurulması faydalı olabilecektir (Güçlü, 2008: 93).

Üretim tesisindeki teknik bir hatadan dolayı, ürün içeriğinde mevzuatla belirlenen oranların dışında bir farklılık oluşmuşsa bu durumda failin kastından değil taksirinden söz edilebilecek ve ürün sahibinin ürününü başka bir şekilde değerlendirmesine müsaade edilmesi hakkaniyetten uzak olmayacaktır. Ancak margarinden sahte tereyağı veya şekerden sahte bal üretirken yakalanan birinin, sahte tereyağını margarine, sahte balı reçele dönüştürmek üzere kendisine Kanunun 18.

maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen şartların uygulanması talebinin dikkate alınması da çok doğru olmayacaktır.

Yine düzenlemeden anlaşıldığı üzere, yaptırım kararı verecek merci; eşyanın kullanılmaz hale getirilmesi, niteliğinin değiştirilmesi, ancak belli bir surette kullanılması koşullarının yerine getirilmesi için bir süre belirleyecektir. Bu sürenin kanunla belirlenmesi işin icabı gereği mümkün olmadığından idareye süre belirleme yetkisi verilmiştir. Mülkiyeti kamuya geçirilecek eşyanın niteliğine göre bu süreler birbirinden farklı olabilir. Bu nedenle idare eşyanın niteliğine göre bir süre belirleyerek ilgiliden bu sürede koşulları yerine getirmesini isteyecektir. Fıkroda “...Koşullarından birinin yerine getirilmesine bağlı olarak belli bir süre geciktirilebilir.” denilmek suretiyle idareye takdir hakkı tanınmış olup, bunun nedeni de her olayda idarece durumun değerlendirilerek fıkroda öngörülen şartların yerine getirilip getirilemeyeceği hususunu takdir etmek olsa gerektir. İdarece belirlenen sürede, koşulun yerine getirilmemesi halinde mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir (Meran, 2006: 54).

III.2.5.Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Kararının Kesinleşmesi Ve İnfazı

Kabahatler Kanunu'nun 18. maddesinin son fıkrasında “*Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde yerine getirilir.*” hükmü yer almıştır. Karara karşı kanun yollarına başvuru süresi içerisinde başvuruda bulunulmaması veya başvuru yollarının tüketilmesi halinde karar kesinleşecektir. Dolayısıyla kesinleşme süresi içerisinde mülkiyeti kamuya geçirilecek eşyanın muhafazası gerekecektir. Maddede bu durum da öngörülmüş ve üçüncü fıkrasında “*Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar kesinleşinceye kadar ilgili kamu kurum veya kuruluşu*

tarafından eşyaya el konulabileceği gibi eşya kişilerin muhafazasına da bırakılabilir.” hükmü getirilmiştir (Gedik, 2008: 127).

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının kesinleşmesi için geçecek süre oldukça uzun olabilecektir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesine göre, ilgili kanunda yetkili başvuru mercii gösterilmemişse, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulacaktır. Başvuru süresi ise tebliğ tarihinden itibaren 15 gündür. Eğer idari yaptırımlara karşı ilgili kanunda idare mahkemeleri görevli kılınmışsa, kanunda belirlenen sürede yetkili idare mahkemesine başvurulacaktır. Bu süre içerisinde mülkiyeti kamuya geçirilecek eşyanın muhafazası gerekmektedir. Bu muhafaza ilgili kamu kurum ve kuruluşu tarafından el konularak gerçekleştirilebileceği gibi kişilerin muhafazasına bırakılmak suretiyle de sağlanabilir. Eşya bekletilmekle bozulacak cinsten ise (Örneğin; Çabuk bozulabilecek gıda maddesi, balık vb.) ve mevzuat çerçevesinde piyasaya sunulmasında sakınca bulunmuyorsa satılarak bedelinin emanete alınabilmesi gerekir. Bu durumda mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı kesinleştikten sonra bedeli kamuya geçirilir. Aksi düşünce; hem elkonulan eşyanın sahibinin hem de idarenin zarara uğramasına sebep olabilir (Güçlü, 2008: 97).

Kanunda açık hüküm varsa eşyanın mülkiyeti ilgili kamu kurum veya kuruluşuna, aksi halde devlete geçer. Kabahatler Kanunu mülkiyetin kamuya geçirilmesinde idari para cezalarından farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Daha doğrusu kanunun idari para cezaları ile ilgili 17. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce “İdari para cezası Devlet Hazinesine ödenir”, “Tahsil edilen idari para cezasının kanunla belirlenen bir oranı ilgili kamu kurum veya kuruluşunun hesabına aktarılır” hükümleri ile bu konuda mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını düzenleyen 18. madde ile benzerlik

göstermekte iken, 17. maddede yapılan değişiklikten sonra idari para cezalarının bir kısmının genel bütçeye gelir kaydedileceği öngörülürken, sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idarelerin verdikleri idari para cezalarının kendi bütçelerine gelir kaydedileceği öngörülmüştür. Yani tahsil edilen idari para cezalarının hangi kuruma gelir kaydedileceği kanunda belirtilmişken, mülkiyetin kamuya geçirilmesinde eşyanın mülkiyetinin Devlete (Hazineye) geçeceği belirtilmiş, kendi kanunlarında yer alan aksine düzenlemeler ayırık tutulmuştur (Güçlü, 2008: 38).

Kabahatin düzenlendiği kanunda mülkiyetin kamu kurum veya kuruluşuna geçeceği yönünde bir hüküm varsa eşyanın mülkiyeti ilgili kamu kurum veya kuruluşuna geçer yoksa Devlete yani Hazineye geçer. Mülkiyetin kamu kurum veya kuruluşuna geçebilmesi için yaptırım uygulayan kamu kurum veya kuruluşunun mülkiyet edinebilen tüzel kişiliği haiz kamu kurum veya kuruluşu olması gereklidir. Bakanlıklar gibi genel bütçeye dâhil kamu kurumlarının elinde bulunan mallar Hazineye ait olduğundan ve Devlet tüzel kişiliği dışında ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmadığı gibi kendi mülkleri de olmadığından bu halde mülkiyet devlete geçer. Ancak yaptırım uygulama gücü ve yetkisi bulunan ayrı tüzel kişiliğe sahip kamu kurum ve kuruluşları (Orman Genel Müdürlüğü, Vakıflar Genel Müdürlüğü vb.) için bu hükmün uygulanması söz konusu olabilecektir (Yalçın, 2007: 55).

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin karar, ancak karar kesinleştikten sonra yerine getirilecektir. Kararın kesinleşmesi ise süresinde ilgili itiraz merciine itiraz yapılmayarak veya başvurunun reddedilmesi ve kanun yollarının tükenmesi ile olacaktır. Ancak ele geçirilen kabahate konu madde ve malzemelerin imha edilebilmesi için mülkiyetinin kamuya geçirilmesi kararının kesinleşmesini beklemek her zaman için kamu yararı ile bağdaşmayabilir. Özellikle insan, hayvan ve çevre sağlığı ile ilgili

hususlarda, ele geçirilen maddelerin hastalıklı ve zehirli bulaşan etkenler taşıması ihtimalinin bulunması halinde, kamu sağlığının tehlikeye atılmaması açısından derhal imhası gerekebilir. Böyle durumlarda mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararının kesinleşmesini beklemenin mümkün olmadığı açıktır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yerine getirme zamanaşımı kararın kesinleşmesinden itibaren 10 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak kanun hükmü gereği idari yaptırımın yerine getirilmesine başlanamaması veya yerine getirilememesi halinde zamanaşımı işlemez.

III.2.6.Kararların Yargısal Denetimi

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı başvuruları incelemekle görevli ve yetkili yargı merciinin tespitinde Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi göz önünde bulundurulacaktır³⁸. Kanunun 5560 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen 3. maddesinde, *“Kanunun; idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı”* belirtilmiş 27. maddesinin birinci fıkrasında da *“İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir.”* denilmiştir. Bu hükümler çerçevesinde kabahatin düzenlendiği özel kanunda başkaca bir yargı yolu öngörülmemişse idari para cezasında olduğu gibi mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarında da Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi gereğince başvuruları yetkili sulh ceza mahkemeleri inceleyecektir.

Ancak kabahatin düzenlendiği kanunda başvuruları incelemek üzere başkaca bir yargı yolu öngörülmüşse, kanunda gösterilen yargı yolu görevli ve yetkili olacaktır.

³⁸ Kabahatler Kanunu'nun 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren ilk halinde 3. maddesi “Bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında uygulanır.” Şeklindeydi. Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 tarih ve 2005/108 E. 2006/35 K sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

Yine Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin 8. fıkrası gereğince idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları da bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görülecektir. Yani ilgiliye idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını uygulanırken, işyerinin de faaliyetinin durdurulmasına karar verilmişse ve bu yaptırımların bütünü için yargıya gidilecekse, işyerinin faaliyetinin durdurulması işlemine karşı başvuru Kabahatler Kanunu kapsamına girmediğinden hukuka aykırılık iddiaları idari yargı merciine taşınacaktır (Güçlü, 2008: 168).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MÜSADERE VE MÜLKİYETİN KAMUYA GEÇİRİLMESİ HUSUSLARININ ANAYASA VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

IV.1.Anayasaya Uygunluk Açısından Değerlendirme

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususlarının Türk Anayasa Hukuku açısından değerlendirilebilmesi için mülkiyet hakkının gelişimi, Anayasa'lardaki düzenleniş şekilleri ve sınırlama sebeplerinin belirlenmesi gerekir.

IV.1.1.Mülkiyet Hakkının Tarihsel Gelişimi

İnsanlık tarihi boyunca mülkiyet konusunda çeşitli tartışmalar yaşanmış ve mülkiyetin kime ait olacağı, mülkiyet üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf iktidarlarının kime ait bulunacağı ve bu hakların hangi sınırlar içinde kullanılacağı konusunda, zaman içinde farklı uygulamalar görülmüşse de, bugün için kabul edilen sistemin, sosyal fonksiyon olarak mülkiyet anlayışı olduğu görülmektedir. Sosyal fonksiyon olarak mülkiyet anlayışı, kolektif mülkiyet anlayışına karşı olduğu gibi, mülkiyeti mutlak bir hak olarak gören ve malike, sahip olduğu hakkı dilediğince kullanma hakkı veren kapitalist mülkiyet hakkına da karşıdır. Bu anlayış çerçevesinde mülkiyet, artık mutlak bir hak değildir; bilakis sosyal bir karakter taşımaktadır. Mülk sahibi, bu hakkını kullanırken, toplumun yararını gözetmek zorundadır. Bu çerçevede devlet de mülk sahipleri ile eşya arasına bir denge unsurudur. Devlet bu hakkı düzenlerken, sosyal devlet ilkesi bağlamında, mülk sahipleri kadar, toplumu ve toplumun yoksul kesimlerini de göz önünde bulundurmaktadır (Coşar, 1985: 504).

Önceki yüzyıllarda dokunulmaz, kutsal ve tabii bir hak olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, günümüzde, malikine toplum yararına bazı ödevler yükleyen sosyal bir hak olarak görülmektedir (Örücü, 1976: 3).

İkinci dünya savaşı sonrası anayasal kuşağı eğilimine uygun olarak 1961 tarihli Anayasamız da mülkiyet hakkını toplumsal işlevli bir hak olarak ele almış ve temel hak ve ödevler kısmının sosyal hak ve ödevler bölümünde yer verdiği 36. maddesinde “*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*” şeklinde düzenlemiştir (Coşar, 1985: 504).

1982 Anayasası mülkiyet hakkını, 1961 Anayasası’nın aksine, kişisel haklar arasında, 35. maddede düzenlemiştir. Oysa 1961 Anayasası bu hakkı sosyal ve ekonomik haklar arasında düzenlemiştir. İki anayasada hakkın içeriği ve sınırları açısından bir farklılık yoktur. Fakat düzenleniş yeri son derece önemlidir. Çünkü anayasa hukuku bakımından bunun uygulamaya yönelik önemli bir sonucu vardır.

Bakanlar Kurulu’na KHK çıkarma yetkisi veren 91. madde, normal dönemlerde, kişisel haklara ilişkin konuların KHK'lerle düzenlenemeyeceğini, bu türden düzenlemelerin ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Hâlbuki sosyal ve ekonomik haklar konusunda her zaman KHK çıkarmak, yani bu haklara ilişkin konuları KHK'lerle düzenlemek mümkündür³⁹.

³⁹ Elbette buradaki düzenlemenin sınırlama yetkisi verip vermediği tartışılabilir. Sözgelimi Gözler’e göre, “Anayasanın 91. maddesinde, “sınırlama” değil, “düzenleme” ibaresi kullanılmaktadır. O halde, Anayasanın 91’inci maddesine dayanılarak Anayasanın ikinci kısmının “sosyal ve ekonomik haklar” başlıklı üçüncü bölümündeki klasik haklara benzer haklarda sadece “düzenleme” yapılabilir; “sınırlama” yapılamaz. Çünkü, istisnasız bütün temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasanın 13’üncü maddesi geçerlidir. Bilindiği gibi, 13’üncü maddeye göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ancak “kanun”la olur. O halde, hangi bölümde yer alırsa alsın, bir temel hak ve özgürlük, kanun hükmünde kararname ile değil, kanun ile sınırlandırılabilir”. Soysal, Mümtaz *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Y, İstanbul, 1986, s.227-228. Gözler, Kemal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi, Ekin Kitabevi Y, Bursa, 2002, <http://www.anavasa.aen.tr/khk.htm>. (Erişim Tarihi: 17.12.2006)

Dolayısıyla mülkiyet hakkının yer değiştirmesi, bir bakıma, sosyal devlet ilkesinin zayıflatıldığını gösteren bir belirti sayılabilir (Soysal, 1986: 227).

IV.1.2.1982 Anayasası'nda Mülkiyet Hakkı

1982 Anayasası'nda mülkiyet hakkını düzenlendiği 35. maddesine göre;

"Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz". Maddenin ilk fıkrası mülkiyet ve miras haklarını tanıyan ve koruyan genel ilkeyi açıklamaktadır. Bunu yaparken de bu iki hakkın birbiriyle olan ilgisini dikkate almaktadır⁴⁰. Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda, *"Miras hakkı, mülkiyet hakkının bir devamıdır, özel bir şeklidir. Bu nedenle mülkiyet ve miras aynı maddede ardı ardına düzenlenerek anayasal güvence altına alınmıştır"*, diyerek aynı yaklaşıma dikkat çekmiştir⁴¹.

Maddenin ikinci fıkrası ise, mülkiyet ve miras hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ilkeyi ortaya koymaktadır. Bu ilke, kamu yararadır. Bu çerçevede mülkiyet hakkı, ancak kamu yararına dayanılarak sınırlandırılabilir. Fakat bu nedene dayanılarak yapılan sınırlamanın da önemli bir koşulu vardır. Bu da sınırlamanın kanunla yapılması koşuludur. Dolayısıyla kişilere mülkiyet hakkını tanıyan Anayasa, bu hakla ilgili bazı sınırlamaların getirilebileceğini de kabul etmiş bulunmaktadır (Özbudun, 1993: 99).

Anayasa'nın 35. maddesinin üçüncü fıkrası ise, bütün maliklere yönelen genel bir emri içermekte ve bu çerçevede, mülkiyet hakkının kullanılması toplum

⁴⁰ Madde gerekçesinde bu durum şu şekilde açıklanmaktadır: " Madde birbirine yakın ve birbiriyle ilgili iki temel hakkı, ... düzenlemiştir. Bu birlikte düzenleme 18. yüzyıldan beri gelen geleneğin sonucudur". Gerekçe için bkz. Mehmet Akad/Abdullah Dinçkol, 1982 Anayasası madde Gerekçeleri ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, Alkım Y., İstanbul, 1998,8.140-142.

⁴¹ E: 1987/1, K:1987/18, KT:11.09.1987, AMKD, Sy. 23, s.308-309. Kararın özeti için bkz. Akad/Dinçkol, 1982 Anayasası, s.147.

yararına aykırı olamaz ibaresine yer vermektedir. Bu ilke, esasen, maliklere mülkiyet hakkını toplum yararına uygun bir biçimde kullanmak, mülkiyet hakkından toplum yararına faydalanmak konusunda pozitif bir yükümlülük yüklemektedir (Güriz, 2003: 161). Kuşkusuz bu emir de bir sınırlamadır ve yasa koyucunun bu konudaki düzenlemeleri, yani malike yükleyeceği yükümlülükler, onun bu hakkı kullanmadaki sınırını oluşturacaktır⁴².

Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrasında geçen, "*mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*" ifadesinin, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilmesinden bağımsız olduğu vurgulanmakta ve getirilen bu hükümle mülkiyet hakkının daha baştan toplum yararıyla sınırlanmış olarak tanındığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bu hükmün sakıncalı bir yanı vardır:

Anayasa'nın mülkiyet hakkı ve bu hakkın sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri sadece 35. maddede sayılanlardan ibaret değildir. Başka maddelerde de mülkiyet hakkının düzenlenmesi, sınırlandırılması ve istisnaları olduğunu gösteren hükümler vardır. Anayasanın, kıyıların devletin hüküm ve tasarrufunda olduğunu belirten 43. maddesi; topraksız köylülere toprak dağıtımı için büyük toprak mülkiyetine getirilen sınırlama (md.44); mülkiyette kamulaştırılmaya izin verilmesi (md. 46); devletleştirme (md.47); tarih, kültür ve tabiat varlıklarındaki özel mülkiyete sınır

⁴²Anayasanın 35. maddesinin son fıkrasında geçen, "*mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*" ifadesinin, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilmesinden bağımsız olduğu vurgulanmakta ve getirilen bu hükümle mülkiyet hakkının daha baştan "*toplum yararıyla sınırlanmış olarak tanındığı*" belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bu hükmün sakıncalı bir yanı vardır: "Mahkemeler bu hükmeye dayanarak, kanuna dayanan meşru bir amaç olmasa bile, bu hakka yapılan keyfi bir müdahaleyi, müdahale edilen mülkün "*toplum yararına*" uygun kullanılmadığı gerekçesiyle onamasının önünü açık bırakmakta ve mahkemelere mülk sahiplerinin mülkiyet haklarını nasıl kullanmaları gerektiğini takdir etme hakkı vermektedir." (Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı, İnsan Hakları, Ankara, 2006, s.77) Hükmün geniş bir takdir yetkisi verdiği açıktır; fakat bu yetkinin kanun koyucuya verildiğini düşünmek gerekir. Çünkü söz konusu olan, mülk sahibine yüklenen bir yükümlülük de bir sınırlamadır ve bu da ancak kanunla yapılabilir

konulabilmesi (md.63); tabi servet ve kaynaklarda devletin hüküm ve tasarrufu, ormanların gözetiminin devlete ait olması, devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilememesi (md. 169) gibi hükümler bu bağlamda değerlendirilebilir (Kaboğlu, 1996: 231).

Sonuç olarak belirtmek gerekirse, bir şey üzerinde malik olan, kullanan, yararlanan ya da tasarruf eden kişi veya kişiler, hem bir takım yükümlülüklerle donatılmışlar, hem de bazı görevlerin muhatabı sayılmışlardır. Bu durum 1982 Anayasası'nın, özü itibarıyla mülkiyet hakkını "sosyal fonksiyon olarak mülkiyet" anlayışı çerçevesinde ele aldığını göstermektedir (Tuğrul, 2004: 133). Bu çerçevede mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp, sosyal amaçlarla sınırlanabilen nispi bir hak görünümündedir (Tanör ve Yüzbaşıoğlu, 2005: 167). Zaten Anayasa Mahkemesi de, tıpkı 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, mülkiyet hakkının sosyal amaçlarla sınırlandırılabilen sosyal bir hak olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Mülkiyet hakkı, eski anlamında bireyin dilediği biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir özgürlük olma niteliğini çoktan yitirmiş; mülkiyet anlayışı, bu hakkın bir bakıma sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok hak gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi benimsenmiştir. Başlangıçta kişinin eşya üzerinde mutlak bir egemenliği demek olan ve kutsal olarak kabul edilen mülkiyet hakkı, çağımızda bu niteliğini yitirmiş, mutlak ve sübjektif olarak düşünülen bu hak, mutlak olmayan bir duruma dönüşmüş ve sosyal işlevleriyle sınırlanmıştır"⁴³.

Tarihsel süreç içerisinde oluşan ve çağdaş hukuksal metinlere damgasını vuran bu anlayış 1982 Anayasası tarafından benimsenmiş ve yargı kararlarıyla da somutlaştırılmıştır. Buna göre, artık mülkiyet hakkı, eski anlamında, bireyin dilediği

⁴³ E: 1988/34, K: 1989/26, KT:21.06.1989, AMKD, Sy. 25, s.288-289. Kararın özeti için bkz. Akad/Dinçkol, 1982 Anayasası, s.151-152

biçimde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Mülkiyet hakkı sosyal bir nitelik taşımaktadır ve birçok hak gibi o da kamu yararı amacıyla sınırlanabilecektir (Hatemi ve diğ. 1991: 65).

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususları; Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiş, yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı olarak incelendiği üzere, ilgili kişiden eşyanın mülkiyetini uzaklaştıran ve mülkiyet hakkına bu anlamda son veren yaptırımlardır. İnsan hakları çerçevesinde değerlendirildiğinde mülkiyet hakkını koruyan ulusal ve uluslar arası üst belgelere aykırılığı açısından değerlendirmesi gerekir.

IV.1.3.Müsadere ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Hükümlerinin Anayasaya Uygunluğu

Bu açıklamalar çerçevesinde bakıldığında yukarıda ayrıntılı izahı yapılan müsadere yaptırımını içeren TCK m. 54 ve 55 maddelerin 1982 Anayasamızın 35. maddesine aykırı olmadıkları sonucunu ortaya koyabiliriz. Zira müsadere, güvenlik tedbirine; kasıtlı bir suç işlenmek suretiyle, bu suçla doğrudan ilişki içerisinde olan bir eşyanın, mahkeme kararıyla sahibinden alınması şeklinde başvurulmaktadır. Suç işlenmesi sebebiyle burada mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı kullanıldığı hususunda şüphe yoktur. Türk Ceza Kanunu'nun 54. ve 55. maddelerine dayanılarak bir mahkeme kararıyla mülkiyete son verildiğinden Anayasanın belirttiği kanunla sınırlama şartına da uygundur. Son olarak müsadere güvenlik tedbirine bir daha suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla başvurulduğundan Anayasamızın kamu yararı amacıyla sınırlama kuralı da burada anlamını bulmaktadır.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi açısından da; müsadere için yapılan açıklamalar aynen geçerlidir. Kabahatler Kanunu'nun 18, 33 ve 34. maddelerinde ve

kabahat içeren özel kanunların ilgili maddelerinde hüküm bulunmadıkça mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı uygulanamayacaktır. Kabahatler kamu yararına aykırı davranış içeren eylemlerdir. Bu sebeple kabahatle doğrudan ilgili olan eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesi halinde Anayasamızın 35. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

IV.2.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluk Açısından Değerlendirme

İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol 20 Mart 1952 tarihinde Paris'te imzalanmış ve 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ek 1 Nolu Protokolün 1. maddesine göre : *“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse ancak kamu yararı nedeniyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.*

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakkı engellemez.”

IV.2.1.AİHS'nin Türk Hukukuna Etkisi

Mülkiyet hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 18 Mayıs 1954 tarihinde yürürlüğe giren Ek 1 Nolu Protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dâhil edilmiştir. Mülkiyet hakkı, “medeni hak ve ödevler” çerçevesi içinde yer almakta ve Sendika

kurma hakkı ile birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan ikinci ekonomik ve sosyal hakkı oluşturmaktadır (Kaboğlu, 1996: 232).

Sözleşme Türkiye açısından 1954'te yürürlüğe girmiştir⁴⁴. Anayasamız'ın 90. maddesine göre kanun hükmündedir ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez. Bu açıdan Sözleşme kapsamında bulunan insan haklarına saygı Türkiye için hem bir anayasal hüküm hem de uluslar arası yükümlülüğün bir gereğidir. Anayasa'da devletin insan haklarına saygılı olduğu her fırsatta vurgulanmıştır. Türk Ulusal Hukuku'nun bir parçası olan, yasalardan daha ayrıcalıklı yere sahip (Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen), Türkiye'yi bağlayan bir anlaşma niteliğindeki sözleşme doğrudan uygulanır. Sözleşmenin uygulanması için sözleşmedeki hakların ayrıca bir kanunla düzenlenmesine gerek yoktur (Seha, 1968: 13; Çelik, 1975: 209).

AİHS hükümleri ile iç mevzuat arasında farklı düzenleme mevcut ise hâkimin sözleşme hükümlerine üstünlük tanınması gerekir. Nitekim bu husus Anayasamız'ın 90. maddesine eklenen *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”* cümlesiyle anayasal hüküm haline getirilmiştir⁴⁵.

Hâkim iç hukuk kurallarını sözleşmeye uygun bir biçimde yorumlamalıdır. Bu sayede insan haklarına saygı prensibinin uygulamaya yerleşmesi sağlanacaktır. Zira Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kuralların yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle uygulanmaması söz konusu olamaz. Burada sonraki kanun (lex posterior), özel kanun (lex special), silsilesinin bir önemi yoktur. Türkiye 28 Ocak 1987 tarihine kadar,

⁴⁴ 10 Mart 1954'te 6366 sayılı Kanunla Sözleşmenin onaylanması ve onay belgesinin 18 Mayıs 1954'te Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne verilmesiyle yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵ 07/05/2004 tarih ve 5170 Sayılı Kanunun 7. maddesiyle

bireysel başvuru hakkını tanımadığından bu zamana kadar Divan, Komisyon ve Konsey kararlarının Türk hukukunun gelişimine fazla bir katkısı olmamıştır. Bu tarihte bireysel başvuru hakkının ve 22 Ocak 1990'da Divan'ın (Mahkeme) zorunlu yargı yetkisinin tanınması ile Sözleşme, Türkiye açısından da tam olarak işler duruma gelmiştir (Tezcan ve diğ. 2004: 66).

IV.2.2. AİHS ve AİHM Kararlarına Göre Mülkiyet Hakkı ve Sınırlanması

Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde yer alan “mal ve mülk” kavramı çok geniş yorumlanmaktadır. Maddi bir varlığa, ekonomik bir değere sahip, belli bir parasal değerle ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmaz mallar yanında maddi varlığa sahip olmayan edinilmiş “hak” ve “menfaatleri”, malvarlığına dâhil her türlü aktif, mali ve ekonomik değeri de içermektedir (Sarı, 2006: 8).

Herhangi bir unsurun mal tanımına dahil olması için, başvuru sahibinin ilgili ekonomik varlığa dair yasal bir hak ya da bu hakkın maddiyata dönüşeceğine dair meşru bir beklenti gösterebilmesi gerekir⁴⁶.

Mülkiyet hakkı mutlak, sınırlanmaz bir hak değildir. Devletler, Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca kamu yararının gerektirdiği hallerde ve yasayla belirlenen şartlar çerçevesinde, mülkiyet hakkına müdahale edebilirler.

Bu anlamda;

- Kaçak olarak ülkeye sokulan fakat bir üçüncü şahsa ait malların gümrükte zaptı ve müsaderesi⁴⁷

⁴⁶Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis – Yunanistan davası 13.3.2001

⁴⁷ Agosi / İngiltere Davası, 24.10.1986

- Mafya üyesi olduğundan şüphelenilen kişinin polis denetimine alınması tedbiri ile birlikte taşınmaz mallarının ve arabasının zapt ve müsaderesi ve bu işlemin tedbirin kaldırılmasından sonra da devamı⁴⁸

- Hakkında yürütülen bir ceza davası nedeniyle, sanığın mülkü olan evin mühürlenmesi ve bu işlemin kovuşturmanın bitiminden sonra da sürdürülmesi⁴⁹ mülkiyete müdahale kapsamında sayılabilir.

Mahkemeye göre bu hakkın ortaya konmasında üç temel kural geçerlidir (Sarı, 2006: 47):

1-Herkesin mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır.

2-Devlet belli koşullar altında kişileri mülklerinden mahrum edebilir.

3-Belirli koşullarda Devlet mülklerin kullanımını düzenleyebilir.

Mahrumiyet, sürekli olmalıdır, ancak resmi bir tahsisat işlemine gerek yoktur. Mahrumiyetin haklı olabilmesi için şu özellikleri taşıması gerekir:⁵⁰

Yasalara uygun olması: Bu şekilde keyfiyet engellenmiş ve prosedürler kapsamında adaletin sağlanmasına yönelik bir önlem alınmış olacaktır.

Kamu yararına olması: Çok geniş bir kavramdır, sosyal adaletin sağlanması amacını içerebilir.

Adil bir denge olması: Tam bir eşitleme durumu söz konusu değildir, yani orantısallıktan çok makul olması gerekir. Mallardan mahrum edilen kişi aşırı bir yük altına girmek durumunda kalıyorsa, denge sağlanmış olmaz.

Tazminat: Çoğunlukla adil bir dengenin kurulup kurulmamasıyla ilgilidir.

⁴⁸ Raimondo / İtalya Davası ,12.2.1994

⁴⁹ Vendittelli / İtalya Davası ,18.7.1994 .

⁵⁰ Sporrang and Lönnroth / İsveç davası (23.9.1982) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi ile ilgili temel ilkeleri ortaya koyan en önemli kararlarından biridir.

Adil denge gerekliliğinin yerine getirilebilmesi için genel kamu yararı talepleri ile kişilerin mülklerini kullanma hakları arasında adil bir dengenin kurulmuş olması gerekir.

Kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi için bir alternatifin var olması, seçilen yöntemin devletin değerlendirme sınırları dâhilinde olduğu sürece mülkiyet hakkının mahrumiyetini yasadışı kılmaz. Burada mülke müdahale olduğunun tespit edilmesinden sonraki adım, devletin bu müdahaleyi haklı gösterip gösteremeyeceğidir. Eğer bu gösterilebilirse -ki burada ispat yükü devlete aittir- o halde, protokolün 1.Maddesi ihlal edilmiş sayılamaz. Mülkiyet hakkına herhangi bir müdahalenin haklı gösterilebilmesi için, bunun kamu veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmesi gereklidir. Ancak, müdahalenin meşru bir amaca hizmet etmesi de yeterli değildir. Bunun aynı zamanda orantısız olması gereklidir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2003: 422).

Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasında, AİHM bir müdahalenin gerekçesi ile ilgili olarak aşağıdaki önemli ilkeyi ortaya koymuştur.

AİHM toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını belirlemek zorundadır. Mülke müdahale durumunda aynı zamanda hukuki kesinlik veya yasallık kuralı da yerine getirilmelidir. Buna göre, mülkten mahrum bırakma “*kanun tarafından belirlenen koşullara*” tabi olmalıdır. Ancak hukuki kesinlik ilkesi AİHS’nin bütününde yer almaktadır ve 1.Maddenin üç kuralından hangisi uygulanıyorsa uygulansın, buna uyulması gerekmektedir.

Hukuki kesinlik kuralına göre, “hukuki” kavramının temel şartlarını yerine getiren yeterince erişilebilir ve kesinlik içeren iç hukuk hükümlerinin bulunması ve bunlara uyum gereklidir.

Yukarıdaki hususlar çerçevesinde 1 No’lu Protokol’ün 1.Maddesi’nin teminat altına aldığı mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken şu soruların sorulması gerekmektedir (Firska, 2001: 12):

(1) 1.Madde kapsamındaki tanıma uygun bir mülkiyet hakkı veya mülk bulunmakta mıdır?

(2) Bu mülke herhangi bir müdahale söz konusu olmuş mudur?

(3) Müdahale 1.Madde’nin üç kuralından hangisinin kapsamına girmektedir.?

(4) Müdahale kamu yararı veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmekte midir?

(5) Müdahale orantısız mıdır? Yani kamunun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir denge kurmakta mıdır?

(6) Müdahale hukuki kesinlik veya yasallık ilkesi ile uyumlu mudur?

Eğer mülke herhangi bir müdahale olmuşsa (4) ile (6) arasındaki sorulardan herhangi birine verilen yanıt “hayır” ise, müdahale 1 No’lu Protokol’ün 1.Maddesi ile uyumlu olmayacaktır.

IV.2.3.Müsadere Ve Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi Hükümlerinin AIHS’ne Uygunluğu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla oluşmuş bu çerçevede içinde müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesiyle ilgili hükümleri incelediğimizde şu sonuçlara ulaşmaktayız. Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi durumlarında

eşyanın varlığı ve sahibi söz konusu olduğundan ortada korunması gereken bir mülkiyet hakkı vardır.

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi durumunda eşyanın sahibinden alınarak mülkiyet hakkına son verme söz konusu olduğundan mülkiyet hakkına müdahale edildiği hususunda bir tartışma söz konusu değildir. Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımları halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirlediği üç ilkeden “mülkiyete son verme” ilkesi sınırlarına girmektedir.

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi suretiyle mülkiyet hakkına müdahale; kasti bir suç işlenmesi ve kamu yararına aykırı bir kabahat eylemi neticesi uygulandığından kamu yararı veya genel çıkarlar doğrultusunda meşru bir amaca hizmet etmektedir.

Müsadere güvenlik tedbirini düzenleyen TCK m.54/3 *“Suçta kullanılan eşyanın müsadere edilmesinin işlenen suça nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında, müsaderesine hükümedilmeyebilir.”* Şeklinde bir orantılılık prensibi getirmiştir. Bu şekilde kamunun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir denge güden Sözleşme ve Mahkeme hükümlerine uygundur. Ancak aynı hususlar mülkiyetin kamuya geçirilmesini düzenleyen Kabahatler Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu anlamda *“mülkiyetin kamuya geçirilmesinin işlenen kabahate nazaran daha ağır sonuçlar doğuracağı ve bu nedenle hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilmeyebilir”* şeklinde bir orantı kuralı Kabahatler Kanunu'nun bir eksikliği olarak zikredilebilir (Otaç, 2006: 17).

Müsadere güvenlik tedbirine Türk Ceza Kanunu 54 ve 55. maddelerinin ayrıntılı düzenlemeleri; mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirine Kabahatler Kanunu'nun 18. maddesinin atfı ve ilgili kanunda açıkça hüküm bulunması halinde hükmedileceğinden hukuki kesinlik kuralı açısından da Mahkeme uygulamasına ve Sözleşme hükmüne uygundur.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi sürecinde idareye elkoyma yetkisi veren Kabahatler Kanunu m.17, bu hususta bir hakim kararını zorunlu saymaması açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırılık söz konusu olabilecektir. Zira hukuki kesinliği denetleme görevi hakime verilmelidir.

SONUÇ

İnsan hakları çerçevesinde değerlendirmelerle son bulan çalışmamızın bir takım belirlemelerde bulunduğu ortadadır. Bu bölümlerin incelenmesi ve alt bölümlerde şu sonuçlar ortaya konmuştur.

Devletin yaptırım olarak mülkiyete müdahalesinin sadece müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi hususlarından ibaret olmadığı gerçektir. Bunların dışında bir çok haksız fiil nedeniyle bu haksız fiili gerçekleştiren gerçek ve tüzel kişilerin malvarlıklarına devlet tarafından müdahale edilmesi ve kamu kurum ve kuruluşları ya da kamu yararına çalışan tüzel kişilere devri hususları söz konusu olabilmektedir. Örneğin Kapatılan siyasi partilerin malvarlıklarının hazineye devri. Feshine karar verilen dernek ve vakıfların malvarlıklarının kendilerine en yakın görevi ifa eden dernek veya vakfa ya da vakıflar genel müdürlüğüne devri vs.

Burada sınırını belirlediğimiz konularımız, 765 sayılı TCK yürürlükte iken bu kanun kapsamında kalan cürümler ve kabahatlerin, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren YTCK ve KK hükümleri ile birbirinden ayrılması sonucu iki şekilde ortaya çıkan, bu iki suç tipi için kanunda düzenlenmiş olan ve mülkiyetin sahibinden alınıp devlete veya kamu yararına kuruluşa geçmesini sağlayan iki olguyu (Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi) incelemektir. Özetle bu iki yaptırım şekli ceza ve idari ceza hukukunun konusu kapsamında kalan yaptırımlardır.

Müsadere, kanunda yazılı şartların gerçekleşmesi durumunda malın mülkiyetinin mahkeme kararıyla sahibinden alınarak devlete verilmesini sağlayan güvenlik tedbiri yaptırımıdır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi idari ceza hukuku

anlamında kabahat eylemiyle ilgili olan eşyanın zilyedinden alınarak devlet veya kamuya yararlı bir kuruma verilmesini sağlayan bir idari yaptırımdır.

Türk Ceza Mevzuatımızda müsadere 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54 ve 55. maddelerinde düzenlenmiştir. İki madde ile düzenlenmesine rağmen TCK müsadere hususunda açık bir husus bırakmamıştır. İlk kez bu Yeni TCK ile kazanç müsaderesi, kısmi müsadere, ortak mülkiyetin müsaderesi, kaim değer müsaderesi ve orantılılık hususları ortaya konmuştur.

Bu açık düzenlemelere rağmen müsaderenin hukuki niteliği doktrinde tam olarak ortaya konmuş değildir. Ancak 5237 sayılı TCK müsadere konusunu yaptırımlar içerisinde güvenlik tedbirleri bölümünde düzenlemekle bu hususu uygulayıcılar bakımından açıklığa kavuşturmuştur.

İdari Ceza Hukuku (Kabahatler Hukuku) Mevzuatımız da 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile ilk kez kapsamlı ve genel ilkeleri ortaya koyan bir düzenlemeye kavuşmuştur. Bu kanun ile tüm diğer kanunlarda bulunan idari yaptırımları içeren ve genel hükümleri bu mevzuata teşmil olan genel hükümler belirlenmiştir.

Uygulamada ve bazen doktrinde dahi kavram karışıklığı şeklinde birbiri yerine kullanılan elkoyma ve müsadere kavramları içerikleri, tabi oldukları hukuk, uygulama usulü ve sonuçları bakımından tamamen farklı kavramlardır. Hukuki niteliklerinin farklı oluşu en belirgin özellikleridir. Elkoyma geçici olarak koruma altına almak maksatlı ve yargılama sonuçlanıncaya kadar el altında bulundurma amacına hizmet eden, usul hukukuna dair koruma tedbiridir. Müsadere muhakemenin sonuçlanması ile hüküm ifade eden güvenlik tedbiri şeklinde ceza hukuku yaptırımıdır.

Yeni Ceza Adalet Sistemi içerisinde suçların cürüm ve kabahat şeklindeki ayrımı terk edildiğinden artık müsaderenin hangi halde mülkiyetin kamuya geçirilmesinin hangi durumlarda söz konusu olduğu daha net ortaya konulmuştur. Müsaderenin güvenlik tedbir olması nedeniyle suçta kullanılan eşyanın müsaderesine hükmetmek için artık ceza muhakemesinin mahkûmiyetle sonuçlanmasına gerek yoktur. Müsaderede orantılılık ilk kez hukukumuzda girmiştir. Bu da ceza hukuku mevzuatımızın AİHM içtihatları ile uyumlu hale gelmesi açısından önemlidir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve müsadere hükümlerinin Anayasa ve AİHS hükümlerine uyumlu hale getirilmesi hususundaki düzenlemeler mevzuat açısından bu sorunu ortadan kaldırmıştır. Ancak bundan sonra iş bu mevzuatı İnsan hakları açısından AİHM kararlarına ve AİHS ruhuna uygun yorumlayarak olaylara tatbik etmek açısından uygulayıcılara düşmektedir.

Müsadere mahkeme kararı ile mümkün olmaktadır. Bu bir yargılama faaliyetini gerektirmektedir. Elkoyma koruma tedbirine hükmetmek için de mutlaka bir mahkeme kararı gereklidir. Mülkiyetin kamuya geçirilmesine idari organ tarafından karar verilecektir. Bu karara karşı itiraz edilmesi halinde bu hususta yine mahkeme kararı gerekli olacaktır. İdari yaptırımlar yönünde genişletici düzenlemeler Avrupa Konseyi Tavsiye kararına da uygun düzenlemedir.

Müsadere ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi Anayasamız'ın 35. ve AİHS Ek 1. Protokolün 1. Maddesine uygunluğu hususunda 2005 yılındaki düzenlemeler doyurucu niteliktedir. Bu anlamda tek eksiklik olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesini düzenleyen Kabahatler Kanununda orantılılık ilkesine yer verilmemiş olmasıdır.

KAYNAKÇA

- ARSLAN, Çetin. ve AZİZAĞAOĞLU, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, 2004
- ARTUK M. Emin, *Emniyet Tedbirleri*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003
- AYDIN, Murat, *Arama ve Elkoyma*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009
- BAKICI, Sedat, *5237 sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2007
- BAKICI, Sedat, *Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler*, Ankara, 1996
- BAKICI, Sedat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2007
- BIÇAK, Vahit, *Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite ve Etkinlik*
<http://vahitbicak.com/sayfa.php?sayfaid=42>, 1999
- BİRTEK, Fatih, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*
http://www.turkhukusitesi.com/makale_948.htm, 2009
- CENTEL, Nur, *Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları* (1-7 10.1989 Viyana), (Çeviren Nur CENTEL)
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide ve ÇAKMUT, Özlem, *Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta Yay. 2008
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara, 2007
- ÇELİK, Edip, *Milletlerarası Hukuk*, C.I, İstanbul 1975
- COŞAR, Ahsen, *Mülkiyet Kavramı ve Çeşitleri*, Ankara Barosu Dergisi, 1985/3
- ÇOLAK, Haluk, ALTUN, Uğur, *Güvenlik tedbirleri ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre yaptırım teorisindeki yeri*, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=492>
- ÇOLAK, Halûk, *Güncel Ceza Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2005.
- DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2006.
- DEMİRBAŞ, Timur, *İnfaz Hukuku*, Ankara, 2003
- DERDİMAN, R. Cengiz, *Belediyelerin Kolluk Fonksiyonlarına İlişkin Genel Bir Deneme*, Çağdaş Yerel Yönetimler, C.6, 1997
- DÖNMEZER, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, İstanbul 1999
- DÖNMEZER, Erman, YENİSEY, Feridun, *Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği*, <http://www.kriminoloji.com/CAS%20dipnot%20kaynak.htm> 2001
- EREM, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 1995
- EREM, Faruk, DANIŞMAN, Ahmet ve ARTUK, M. Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Y. Ankara, 1997
- ERMAN, Sahir, *Ticari Ceza Hukuku*, İstanbul, 1976

- FİRSK, Monica Carss, *Mülkiyet Hakkı ve AİHS Ek 1. Nolu Protokolün Uygulamasına İlişkin Kılavuz El Kitapları*” No.4 s. Ankara, 2001,
- GEDİK, Doğan, *Bir İdari Yaptırım Çeşidi Olarak Mülkiyetin Kamuya Geçirilmesi*, Terazi Hukuk Dergisi S.17 Ocak 2008
- GEDİK, Doğan, *Müsadere*, Adalet Yayınları, Ankara, 2007
- GEDİK, Doğan, *Suçla İlgili Eşyanın Müsaderesinde Mahkûmiyet Şartının Değerlendirilmesi*, Adalet Dergisi, Sayı 4 Temmuz 2000
- GÖKÇEN, Ahmet, *Ceza Muhakemesinde Basit ve Postada Elkoyma*, İzmir, 1994
- GÖKÇEN, Ahmet, *Tazminat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, *İdari Ceza Hukuku ve Anlamı*, SBF D, C. 18, Y. Haziran 1963, No 2
- GÖZLER, Kemal, *Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi*, Ekin Kitabevi Y, Bursa, 2002,
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi 4. Bası Ankara 2003
- GÜÇLÜ, Yaşar, *5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerine Göre İdari Yaptırım Kararlarının Uygulanması ve Bu Kararlara Karşı Başvuru Yolları*, Hukuk ve Demokrasi Dergisi Mayıs 2008
- GÜÇLÜ, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer İdari Yaptırımlar*, Seçkin Yayıncılık, Nisan 2008
- GÜÇLÜ, Yaşar, *Herkes İçin İdari Dava Takip Rehberi*, Seçkin Yayıncılık, 2008
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2003
- HANS Heinrich, Jescheck Strafgesetzbuch (Alman Ceza Kanunu) Beck-Texte 28. Baskı
- HAKERİ, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2007
- HAKERİ, Hakan, *Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara, 2005
- HATEMİ, Hüseyin, SEROZON, Rona ve ARPACI, Abdulkadir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991
- İÇEL Kayıhan, YENİSEY Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 4. Bası, İstanbul 1994
- JESCHECK, *Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukuku*, (çev. Feridun Yenisey)
- KABOĞLU, İbrahim *Özgürlükler Hukuku*, 3.Bası, İstanbul, Alfa Yayınları, 1996
- KAMER, Vehbi Kadri, *Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı*, Ankara 2007
- KARAGÜLMEZ, Ali, *Suç olmaktan Çıkarma, İdari Para Cezaları, Açıklamalı Kabahatler Kanunu*, Ankara, 2005
- KOCASAKAL, Ümit, *Yeni Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Üzerine Kısa Bir Değerlendirme*, Günışığı Aylık Hukuk Dergisi, Sayı 21

- KUNTER, Nurullah, *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1955
- KURTULUŞ, Selda, *Yargıtay'ın Suçtan Kaynaklanan Mal Varlıklarının Müsaderesi ve El Koyma Hükümlerine İlişkin Uygulamaları* http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/selda_kurtulus_makalesi.doc
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul, 1995
- MAHMUTOĞLU, Fatih Selami, ÜNVER, Yener “Yaptırım Teorisi”, İstanbul, 2000
- MERAN, Necati, *Açıklamalı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar*, Kartal Yayınevi, Ankara 2006
- MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devletinde Siyaseten Katl*, Ankara, 1985
- NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri*, Ankara 1997
- OKANDAN, Recai Galip, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*, İstanbul, 1948
- OTACI, Cengiz, *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara, 2006
- OVERBECK, *Yeni İsviçre Hukukunda Cezalar ve Tedbirler*, (Çev. A. Cevdet Taner)
- ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay, C. II, İstanbul, 1989
- ÖNDER, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay, C.III, İstanbul 1994
- ÖRÜCÜ, Ersin, *Mülkiyet Hakkının Sınırlanması*, İstanbul Hukuk Fakültesi Yay. No:473, 1976
- ÖZAY, İlhan, *İdari Yaptırımlar*, İÜ Yayın No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayın No: 691, İstanbul 1985
- ÖZBEK, Veli Özer, *Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi*, Seçkin Yay. Ankara, 2006
- ÖZBUDUN, Ergün, *Türk Anayasa Hukuku*, 3.Bası, Ankara, Yetkin Yay, 1993
- ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*, Seçkin Yay. 2. Bası Ankara, 2005
- ÖZKAN, Gürsel, *Hukuk Devleti ve Yargı Denetimi*, Ankara, 1995
- ÖZTÜRK, Bahri ve ERDEM, Mustafa Ruhan *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Ankara, 2005
- ÖZTÜRK Bahri, ERDEM, Mustafa Ruhan ve ÖZBEK, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, 7. Baskı, Ankara, 2003
- PAPANİCOLAİDİS, Démétre, *Introduction Générale A La Théorie De La Police Administrative*, Athéns, 1960 Aktaran Dr. Yücel Oğurlu AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı
- PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, *Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu*, Ankara, 2008 C.I
- PİSAPİA, Gian D, *İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri*, (Çev. Atif Akgüç) Ankara,1971

- ROXİN, Claus, *Yeni TCK ile Türkiye Avrupa'ya Dâhil Oluyor*, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2
- SARI, Gürbüz, *AIHS Ek 1. Protokole Göre Malvarlığı Haklarının Korunması* Beta Yayınları İstanbul, 2006
- SAVAŞ, Vural ve MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Seçkin Yayınları Ankara 1999 C.I
- SEHA, L.Menay, *Devletler Hukukuna Giriş*, C.I, Ankara 1968,
- SELÇUK, Sami, 27.1.1984 tarih ve 6-360/32 sayılı CGK muhalefet şerhi –
- SOYSAL, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Y, İstanbul, 1986
- SÖNMEZ, Zuhâl. *5326 Sayılı Kabahatler Kanunu*, Gümrük Dünyası Dergisi, Sayı 45
- SÖZÜER, Adem, *Alman Hukukunda Müsadere Yaptırımı*, Polis Dergisi Temmuz-Ağustos-Eylül 2003
- ŞEN, Ersan *Anayasa Mahkemesi Kararları*, İstanbul, 1998
- TANER, Tahir, *Ceza Hukuku*, İstanbul, 1953
- TANÖR, Bülent ve YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Y, İstanbul, 2005
- Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük*, C.2
- “TEKEL'e Çevreyi Kirletme Cezası”, Cumhuriyet Gazetesi, 26.9.1998
- TEZCAN, Durmuş, *İdari Cezalar Reformu*, Yeni Türkiye, 1996
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SANCAKDAR, Oğuz “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*” Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını Ankara, 2004
- TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2005
- TÖREN, Mustafa Yücel, *TCK Tasarısı Üzerine Notlar*, *Türk Ceza Kanunu Reformu*, II. Kitap, TBB Yayını, Ankara 2004.
- WOLFF, Hans J./ BACHOF, Otto, *Verwaltungsrecht* III, 4. Auflage, 1978 München, (Çev. Yücel Oğurlu)
- YALÇIN, İsmail, *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007
- YAŞAR, Hakkı, *Zoralm*, Adalet Dergisi, 1975 sayı 3-4
- YENİ, Mehmet. *Genel Olarak Suç* <http://www.hukuki.net>
- YENİSEY, Feridun, *Polis ve Hukuku Suç Eşyası Yönetmeliği*, İstanbul
- YERDELEN, Erdal. *Güvenlik Tedbirleri* Adalet Bakanlığı Yeni Ceza Adalet Tanıtım Seminerleri <http://www.cezabb.adalet.gov.tr/makale/189.doc>
- YERDELEN, Erdal. *Soruşturma ve Koruma Tedbirleri*, Adil Yayınları, Ankara, 2006
- YILMAZ, Zekeriya, *Türk Ceza Kanunu ve Kabahatler Kanunu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005

YILMAZ, Zekeriya, *Teori ve Uygulamada Müsadere*, Ankara, 2003

YURTCAN, Erdener, *Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Beta, İstanbul, 2005

WEB SİTELERİ

<http://www.abchukuk.com/>

<http://www.anayasa.gen.tr/>

<http://www.bsşkent.edu.tr/>

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/>

<http://www.dergiler.ankara.edu.tr/>

<http://www.geocities.com/>

<http://www.gumrukkontrolor.org.tr/>

<http://www.halilozcengel.av.tr/>

<http://www.hanemiz.com/>

<http://www.hukuki.net/>

<http://www.kriminoloji.com/>

<http://www.turkhukuksitesi.com/>